Das Immissionenrecht

des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Gewerbeordnung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Friedrich Dalen

Referendar in Magdeburg.

ACAD. LIPSIENSIS BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0067

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. **Einleitung.**

§ 1. Abgrenzung des Stoffes und Übersicht über die Art der Darstellung . 1

B. **Ausführung.**

I. Das Immissionenproblem.

§§ 2. 1. Begriff und Wesen der Immissionen 3

§§ 3. 2. Die geschichtliche Entwicklung und Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung 7

§ 4. 3. Immissionenlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches . . . 10

II. Der Rechtsschutz gegen die Immissionen und seine gesetzlichen Einschränkungen

§§ 5. 1. Die Ansprüche aus § 1004 BGB. und ihre Durchführung 25

§§ 6. 2. Der Schutz gegen drohende Immissionen 34

§§ 7. 3. Die Einschränkung der Ansprüche durch § 906 BGB. . 38

§§ 8. 4. Die weitere Einschränkung durch § 26 GO. 46

§§ 9. 5. Die Anwendung des § 823 BGB. und die Widerrechtlichkeit der Immissionen 57

§ 10. III. Die Stellung der höchsten Gerichtshöfe bei Immissionsprozessen 66

§ 11. IV. Die Regelung der Beweislast 78

C. **Schluß.**

§ 12. Über die Neuregelung des Immissionenrechts 84

Literaturverzeichnis.

I. Materialien zum BGB.

Motive zum Entwurf eines BGB. Berlin 1896.
Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Berlin 1896.
Protokolle der zweiten Kommission zum Entwurf. Berlin 1898.

II. Lehrbücher und Kommentare.

Achilles, BGB. Kommentar. Berlin 1903.
Altsmann, Recht des BGB. Berlin 1901.
Biermann, Sachenrecht. Berlin 1903.
Bunsen, Einführung in das BGB. Rostock 1897.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1899.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1900.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Halle 1894.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. Halle 1904.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1903.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1900.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1898.
Fischer, Sachenrecht. Berlin 1896.
Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. München 1904.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Berlin 1896.
Fuchs, Grundbuchrecht. Berlin 1902.
Gaupp-Stein, ZPO. Tübingen-Leipzig 1902.
Grünwald-Freudental, Grundriß zur Einführung in das BGB. München 1898.
Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich. Mannheim 1900.
Illing-Kautz, Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte. Berlin 1895.
Krückmann, Institutionen des BGB. Göttingen 1899.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1900.
Landmann-Rohmer, Kommentar zur GO. München 1903.
Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. und des preußischen allgemeinen Landrechts. Berlin 1900.
Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1902.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.
Meisner, Das BGB. Kommentar. Berlin 1898.
Neumann, Handausgabe des BGB. Berlin 1900.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Ostermeyer, Handausgabe des Sachenrechts. Königsberg 1899.
Planck, BGB. Berlin 1902.
Rohrscheid, GO. Leipzig 1901.
Rosendahl, BGB. Graudenz 1900.
Roth, System des deutschen Privatrechts. Tübingen 1886.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse. Erlangen 1899.
Scherer, Sachenrecht. Erlangen 1899.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
Standinger, Kommentar zum BGB. München 1898.
Strecker, Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Paderborn 1902.
Wilmowsky-Levy, ZPO. Berlin 1892.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts. Frankfurt 1900.

III. Einzelne Darstellungen und Abhandlungen.

Bähr, über Irrungen im Kontrahieren. Dogmat. Jahrbücher Bd. 14 S. 393.
Baron, Die Haftung bis zur höheren Gewalt. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 78 S. 203.
Beck, Die rechtlichen Verhältnisse zwischen benachbarten Grundstücken gegenüber genehmigungspflichtigen Gewerbeanlagen. Leipzig 1890.
Burckhard, Die cautio damni infecti. Erlangen 1875.
Coith, Über die Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht, nach dem Entwurf des BGB. für das Deutsche Reich. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 1 S. 569.
Degenkolb, Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 76 S. 1.
Ebbecke, Der herstellende Rechtsschutz. Dogmat. Jahrbücher Bd. 27 S. 304.
Gallenkamp, Der privatrechtliche Inhalt der §§ 17, 19, 26 der GO. Sächsisches Archiv für das bürgerliche Recht und Prozeß Bd. 1 S. 705.
Hartmann, Der Zivilgesetzentwurf, das Äquitätsprinzip und die Richterstellung. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 73 S. 309.
Hesse, Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbaren. Jena 1880.
Hesse, Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Verhältnissen der Grundeigentümer. Dogmat. Jahrbücher Bd. 6 S. 377.
Hörle, Die Beeinträchtigungen des Eigentums durch gewerbliche Anlagen. Verwaltungsarchiv Bd. 10 S. 366.
Ihering, Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbaren. Dogmat. Jahrbücher Bd. 6 S. 81.
Ihering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. Dogmat. Jahrbücher Bd. 23 S. 155.
Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1876.
Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg 1892.
Jurisch, Grundzüge des Luftrechts. Berlin 1897.
Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Berlin 1898.
Linckelmann, Zwei Fragen aus dem Gebiet des Schadensersatzrechts. Archiv für bürgerliches Recht Bd. 24 S. 238.
Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. Berlin 1898.
Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie. Leipzig 1888.
Matthiaß, Luftrechtliche Fragen. Deutsche Juristen-Zeitung. Jahrg. 10 S. 431.
Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht. Straßburg 1895.
Monich, Der Umfang des Grundeigentums und die befugte Einwirkung nach dem BGB. Dogmat. Jahrbücher Bd. 38 S. 155.
Ortloff, Das deutsche Nachbarrecht von 1900 an. Jena 1900.
Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines BGB. für das Deutsche Reich. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 75 S. 327.
Randa, Das Eigentumsrecht. Leipzig 1893.
Rassow, Fassung der Urteilsformel bei Immissionsprozessen. Gruchots Beiträge Bd. 43 S. 681.
Rathe, Unter welchen Voraussetzungen ist der Eingriff in nachbarliches Grundeigentum widerrechtlich und welchen Rechtsschutz gibt es gegen solchen Eingriff nach BGB. Altona 1904.

Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession. München 1898.
Reinhard, Das Recht des Eigentümers gegenüber dem Nachbarrecht und dem Recht auf Entschädigung. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 30 S. 216.
Rohmer, Die genehmigungspflichtigen Anlagen der GO. und das BGB. Preußisches Verwaltungsblatt Jahrg. 21 S. 77.
Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht. Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 90 S. 171.
Spangenberg, Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht. Archiv f. d. zivilistische Praxis Bd. 9 S. 236.
Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden. Wien 1888.
Unger, Handeln auf eigene Gefahr. Jena 1904.
Unger, Zur Lehre vom österreichischen Nachbarrecht. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 13 S. 715.
Voß, Negatorienklage und Vollstreckungspfändung. Dogmat. Jahrbücher Bd. 23 S. 43.
Wendt, Eigenes Verschulden. Dogmat. Jahrbücher Bd. 31 S. 137.
Werenberg, Über die Kollision der Rechte verschiedener Grundeigentümer. Dogmat. Jahrbücher Bd. 6 S. 1.
Westrum, Kann mit der actio negatoria Ersatz des Schadens beansprucht werden. Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart Bd. 4 S. 23.

IV. Zeitschriften und Gerichtsentscheidungen.

Juristische Wochenschrift.
Deutsche Juristenzeitung.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Puchelt-Heinsheimer, Zeitschrift für französisches Zivilrecht.
Entscheidungen des königlichen Obertribunals.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Soergel, Rechtsprechung.
Volze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.

Abkürzungen:

JW. = Juristische Wochenschrift.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
RGE. = Reichsgerichtsentscheidung.

A. Einleitung.

§ 1.

Abgrenzung des Stoffes und Übersicht über die Art der Darstellung.

In der vorliegenden Arbeit sollen Beschränkungen der freien Eigentumsbenutzung behandelt werden. Zahllos sind diese gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, die sich in zwei große Gebiete teilen lassen, die öffentlichrechtlichen und die privatrechtlichen. Der wichtigste Unterschied zwischen ihnen ist, daß die öffentlichrechtlichen, als im Interesse der Allgemeinheit gegeben, nicht durch Vereinbarung zwischen den Beteiligten aufgehoben oder geändert werden können, sondern daß dazu die Genehmigung der zur Wahrung dieser Bestimmungen berufenen Verwaltungsbehörde erforderlich ist, während die privatrechtlichen jederzeit Gegenstand eines Vertrages sein können.

Die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind eine Folge der Aufgaben des Staates und erstrecken sich wie diese auf viele Gebiete des öffentlichen Lebens. Hervorgehoben seien hier besonders die im Interesse der Landesverteidigung,[1]) der Volksgesundseitspflege,[2]) des öffentlichen Verkehrs,[3]) der Landeskultur[4]) und der Strafrechtspflege.[5])

Anders ist es mit den privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen. An der Aufrechterhaltung dieser hat der Staat, die Allgemeinheit als solche, kein Interesse. Sie sind nur dispositiven Charakters und sollen mangels anderweitiger privater Vereinbarungen einen modus vivendi unter den Beteiligten schaffen. Ihre gesetzliche Regelung ist hauptsächlich im Bürgerlichen Gesetzbuch erfolgt, und zwar besonders in den §§ 906—924, deren Vorschriften man von jeher als nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkungen zu bezeichnen pflegt. Diese Bezeichnung ist zwar nicht ganz zutreffend, denn es kommt bei den wichtigsten Kollisionsfällen, den Immissionen, nicht darauf an, ob die Grundstücke benachbart sind oder nicht, aber der Ausdruck hat sich aus der früheren Zeit erhalten, wo man den Hauptwert auf das nachbarliche Verhältnis legte, und er ist

---

[1]) Rayongesetz von 1872 und Naturalleistungsgesetz von 1898.
[2]) Schlachthausgesetz von 1868 und Gesetz über die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten von 1900.
[3]) Telegraphengesetz von 1899.
[4]) Reblausgesetz von 1883.
[5]) StPO. §§ 102 f.; Nahrungsmittelgesetz von 1879.

auch insofern nicht ganz unberechtigt, als die meisten dieser Eigentumsbeschränkungen, wie der Überbau, die Bodenvertiefung und die Grenzregulierung, bei einem nichtnachbarlichen Verhältnis kaum denkbar sind.

Aber auch sonst finden wir noch Beschränkungen des Eigentums im Bürgerlichen Gesetzbuch. Hierher gehören das Schikaneverbot im § 226, die Notstandsvorschriften in §§ 228 und 904, die Selbsthilfe im § 229, die Aufsuchung und Wegschaffung von Sachen, die auf fremdem Grundstücke sich befinden, in §§ 867 und 962. Weitere privatrechtliche Eigentumsbeschränkungen beruhen auf Landesgesetzen [6]) und sind besonders durch Art. 124 EG. z. BGB. aufrechterhalten.

Hier sollen nur diejenigen Eigentumsbeschränkungen behandelt werden, die durch Immissionen herbeigeführt werden. Diese Materie ist bei der stetig zunehmenden Industrie von besonderer Wichtigkeit, und von ihrer Entscheidung hängt oft die geschäftliche Existenz der Beteiligten ab. Wir wollen zuerst sehen, wie die Grenze zwischen den widerstreitenden Interessen gezogen ist, und dann die Ansprüche, die das Gesetz dem durch Immissionen Betroffenen gibt, mitsamt ihren Einschränkungen einer Betrachtung unterziehen. Aber hiermit ist die Aufgabe noch nicht erschöpft, denn das Gesetz ist ohne die richtige Auslegung nur ein toter Buchstabe, und erst die sinngemäße und zweckentsprechende Anwendung der Vorschriften auf die vorhandenen Verhältnisse läßt das Gesetz seinen Zweck, alle menschlichen Verhältnisse so zu ordnen, wie es im Interesse der Allgemeinheit notwendig ist, erfüllen. Es wird also im weiteren Verlauf unserer Arbeit zu untersuchen sein, wie sich unsere höchsten Gerichtshöfe, vor allem das Reichsgericht, zu dieser schwierigen Frage gestellt haben.

Bei dieser Betrachtung des Immissionenrechts soll hauptsächlich das seit 1900 geltende Recht Berücksichtigung finden, und nur da, wo zum besseren Verständnis ein Blick auf das frühere Recht geboten erscheint, soll ganz kurz auf die historische Entwicklung zurückgegriffen werden. Wenn trotzdem vieles von dem verwendeten Material aus der Zeit der Geltung des gemeinen Rechts herrührt, so hat das seinen Grund darin, daß das Immissionenproblem eine nach dem früheren und dem jetzt geltenden Rechte im großen und ganzen ziemlich gleiche Beurteilung erfahren hat und eigentlich nur wenige Abänderungen durch das Bürgerliche Gesetzbuch geschaffen worden sind, etwas, was die Wissenschaft und Praxis auch oft hervorgehoben hat. [7]) Wir werden im Verlaufe der Arbeit sehen, daß der geltende Rechtszustand in vielen Beziehungen den Anforderungen, die gestellt werden, nicht in genügendem Maße entspricht, und daß die Bemühungen, die auf eine Neuregelung dieser Materie gerichtet sind, berechtigt sind. Es soll daher im Schlußabschnitt der Plan einer neuen gesetzlichen Regelung des Immissionenrechts an der Hand von vorliegenden Entwürfen behandelt werden.

---

[6]) z. B. das Licht- und Fensterrecht.

[7]) Dernburg Bd. 3 S. 240, 386; RGE. bei Gruchot Bd. 45 S. 1013; JW. 1900 S. 840, 1901 S. 640.

B. Ausführung.

I. Das Immissionenproblem.

§ 2.

Begriff und Wesen der Immission.

Der Ausdruck „Immission" stammt aus der Digestenstelle VIII, 5, 8, 5, wo von „immittere" die Rede ist. Dieses Wort bedeutet „Hineinschicken, Hinüberleiten". Gemeint ist eine menschliche Handlung, deren Folge eine mittelbare oder unmittelbare Einwirkung auf die Sache eines andern ist. Die letztere liegt nach Iherings[8]) Ansicht vor, wenn die Wirkungen des Handelns sofort und mit Naturnotwendigkeit in der Sphäre des andern hervortreten, ohne daß die Vermittlung weiterer Kräfte dazu erforderlich ist; die erstere dann, wenn die menschliche Handlung von vornherein nur auf dem eigenen Gebiet zutage tritt, sich aber von dort aus durch Vermittlung anderer Ursachen, die nicht der Gewalt des Handelnden unterworfen sind, weiter fortpflanzt; wer also Wasser auf ein fremdes Grundstück gießt, wirkt nach dieser Theorie unmittelbar und direkt auf dieses ein. Wenn jemand aber Wasser auf seinem eigenen Grundstück ausgießt, und dieses dann ohne sein Zutun auf fremdes Gebiet abfließt, dann liegt eine indirekte und mittelbare Immission vor.

Diese Iheringsche Theorie scheint mir nicht ganz zutreffend zu sein. Warum soll man darin einen Unterschied machen, ob der Immittent das Wasser sofort auf das benachbarte Grundstück gießt, oder ob er es auf das eigene ausgießt, obwohl er weiß, daß es auf das andere abfließen muß? Daß dieser Unterschied nicht gerechtfertigt ist, geht noch deutlicher aus folgendem Beispiel hervor. In dem einen Falle schleudert der Immittent Steine von seinem Grundstück aus derart in das nachbarliche Gebiet, daß sie dort erst zu Boden fallen, in dem anderen Falle läßt er von seinem höher liegenden Grundstück aus die Steine in das tiefer liegende nachbarliche Grundstück hinabrollen, so daß dort die Wirkung erst in der Sphäre des Betroffenen beginnt, während sie hier schon in der eigenen zutage getreten ist. Der Unterschied ist insofern von Bedeutung, als die direkten Immissionen stets unzulässig sind, während die indirekten nur unter gewissen Voraussetzungen verboten werden können. Nehmen

[8]) Ihering, Beschränkungen S. 107; Burckhard S. 207.

wir also an, daß die eine Voraussetzung, nämlich die erhebliche Beeinträchtigung in der Benutzung des Grundstücks nach § 906 BGB. nicht vorliegt, indem die Steine vielleicht klein sind und das nachbarliche Gebiet ein unbenutzter Bauplatz ist, dann könnte nach jener Theorie in dem Falle, daß die Steine erst dort niederfallen, ein Verbietungsrecht nach § 903 BGB. geltend gemacht werden, da eine direkte Immission vorläge, während in dem andern Falle, wo die Steine erst schließlich dort mit dem Hinabrollen aufhören und liegen bleiben, ein Verbietungsrecht, da es sich um eine indirekte Immission handelte, fehlen würde.

Ich möchte deshalb den Unterschied zwischen beiden Arten von Immissionen lieber folgendermaßen aufstellen: Eine direkte Immission liegt stets dann vor, wenn die Tätigkeit des Handelnden derart ist, daß die unvermeidlichen Wirkungen auf einem bestimmten andern Gebiet hervortreten müssen, während bei einer indirekten Immission sowohl der Eintritt der Immission überhaupt als auch der Ort, wo sie eventuell zu Wirkung kommen wird, unbestimmt ist.

Bei dieser Formulierung entgehen wir der erwähnten Konsequenz. Jetzt liegt in beiden Fällen eine direkte Immission vor, die, wie es auch der Billigkeit entspricht, in jedem Falle, ob sie schädlich ist oder nicht, verboten werden kann. Dagegen würde in dem Falle, daß jemand eine Fabrik errichtet und in Betrieb setzt, eine indirekte Immission vorliegen, denn hier weiß der Handelnde nicht, ob Rauchimmissionen eintreten werden, oder wenn er es weiß, kann er nicht bestimmen, auf welchem Gebiet sie zutage treten werden, da die Weiterverbreitung von seinem Gebiet aus durch selbständige, in ihrer Wirkung nicht bestimmt voraussehbare Naturkräfte geschieht. Von dem Gesichtspunkt aus wäre auch das Teppichklopfen eine indirekte Immission, denn ob Staub und Lärm den Nachbar belästigen werden, ist nicht genau vorauszusehen, vor allem aber, welcher Nachbar dies sein wird, da dies von den derzeitigen Luftströmungen abhängt. Natürlich aber muß das Kriterium der indirekten Immission, daß der Eintritt überhaupt und der Ort des Eintrittes unbestimmt sind, so verstanden werden, daß es sich auf alle, zu jeder Zeit eintretenden Immissionen und nicht nur auf einen beliebigen einzelnen Teil dieser bezieht, denn sonst würde man sagen, daß eine Fabrik stets dann direkte Immissionen hervorbringt, wenn ein einigermaßen gleichmäßiger Wind weht, da in diesem Falle der Unternehmer weiß, wohin er an dem betreffenden Tage seinen Rauch immittieren wird, während bei wechselndem Winde die Immissionen indirekt sein würden.

Welcher Art muß die Einwirkung sein, um sich als Immission darzustellen, genügt eine einmalige oder ist erforderlich, daß sie langandauernd ist oder doch wenigstens mit einiger Sicherheit eine spätere Fortsetzung befürchten läßt? Hier ist daran festzuhalten, daß eine jede Einwirkung als Immission im Rechtssinne aufzufassen ist, auch wenn sie nur einmalig ist und eine weitere Wiederholung nicht erwartet werden kann, denn auch eine einmalige Immission enthält eine Einwirkung auf die Herrschaftssphäre des andern, da der Handelnde damit, ganz gleich wie oft, über

die eigenen Grenzen hinaus gewirkt hat. Eine andere Frage ist es, ob etwa eine einmalige Immission einer anderen rechtlichen Beurteilung unterliegt, oder ob gegen sie, wenn eine Fortsetzung nicht zu befürchten ist, ein Rechtsschutz gewährt wird, und diese beiden Punkte sind später zu besprechen.

Es liegt in der Natur der Sache, daß derartige Einwirkungen Grundstücke betreffen werden, denn diese sind vermöge ihrer Unbeweglichkeit den Immissionen besonders ausgesetzt, während bewegliche Sachen einer Einwirkung meist leicht zu entziehen sind.

Das Problem bei den Immissionen liegt in der Kollision der gegenseitigen Rechte und Pflichten. Wir haben von dem Wesen des Eigentums auszugehen. Dieses hat zwei Seiten: die positive, das Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, und die negative, das Recht, andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Diese Befugnisse endigen mit den Grenzen der Sache, führen also im Regelfalle bei den beweglichen Sachen, die unabhängig und ihrer Beschaffenheit nach getrennt oder wenigstens trennbar voneinander sind, zu keinen Schwierigkeiten. Ganz anders verhält es sich mit den unbeweglichen Sachen, den Grundstücken. Diese haben keine natürlichen Grenzen, sondern sie sind durch menschliche Willkür aus ihrer Gesamtheit, der Erdoberfläche, herausgerissen und zu besondern Teilen gebildet. Bei ihnen ist niemals die Kohärenz aufzuheben, und daraus ergibt sich, daß sie trotz ihrer Trennung, die nur eine rechtliche und keine natürliche ist, in fortwährenden Wechselbeziehungen zueinander stehen und stehen müssen. Daraus ergeben sich die Schranken für die strenge Durchführung der Eigentumskonsequenz, daß jeder mit seiner Sache nach Belieben verfahren kann, denn bei dem engen Zusammenhange der Grundstücke ist es unausbleiblich, daß fast überall da, wo eine Handlung schädliche Wirkungen äußert, diese auch auf dem Gebiet eines andern sich bemerkbar machen. Hier also stehen sich die gegenseitigen Interessen feindlich gegenüber. Ganz besonders ist dies der Fall bei den mittelbaren Immissionen, da hier durch Naturkräfte, denen der Handelnde nicht gebieten kann, und die er nicht geschaffen hat, die Wirkungen weiter und über seine Grenzen hinausgetragen werden. Wer soll nun die Wirkung dieser Naturkräfte zu seinem Nachteil auf sich nehmen? Der Besitzer des einen Grundstückes verlangt, daß er auf seinem Grund und Boden frei und ohne Rücksicht auf etwaige schädliche Folgen für andere schalten darf, und der Betroffene verlangt, daß ihm nicht in seine Eigentumssphäre eingegriffen wird, wobei es ganz gleich ist, ob diese Eingriffe schädlich sind oder nicht, denn das Wesen des Eigentums duldet auch nicht die kleinste und unschädlichste Einwirkung auf die besessene Sache. Besonders kompliziert wird das Verhältnis dadurch, daß der Betroffene seinerseits auch wieder immittieren kann, und daß jetzt der andere sich die Einwirkungen nicht gefallen lassen will. Die Errichtung einer Fabrik ist an und für sich nicht unberechtigt, sondern stellt sich als eine rechtmäßige Ausübung des Eigentums dar; wenn aber der Rauch aus den Fabrikschornsteinen sich auf fremdem Gebiet

niederschlägt und dort die Luft verpestet und die Vegetation verdirbt, so liegt hierin eine Einwirkung auf den andern. Soll nun der Fabrikant gezwungen werden, seine Fabrik niederzureißen, oder soll der Betroffene, vielleicht ein Handelsgärtner, dem der giftige Rauch das Wachstum aller seiner Anpflanzungen zerstört, genötigt sein, dieses dulden zu müssen? Für beide handelt es sich um eine Existenzfrage, und jeder besteht auf der Freiheit seines Eigentums.

Noch schlimmer wird die Sachlage aber, wenn wir uns das Verhältnis verfeindeter Nachbarn vorstellen, wie es Unger[9]) so anschaulich geschildert hat. „Der Nachbar kann Steine brechen, mögen gleich die Splitter auf den fremden Grund fallen, er kann Felsen sprengen, mögen gleich die Stücke auf den Boden des Nachbarn fallen und dort Zertrümmerung und Verwüstung hervorrufen. Er kann Gerüche erzeugen, welche die Luft verpesten, Düngerstätten und Badeanstalten errichten, welche des Nachbars Wand anfaulen, Schießübungen vornehmen, wodurch die Fenster des Nachbarhauses springen, auf seinem Grund so tief graben, daß das Nachbarhaus einstürzt, auf seinem Boden so schwere Lasten fahren, daß das Nachbarhaus Risse bekommt, Rauch erzeugen, der die Vegetation des Nachbargartens verdirbt, usw. Auf diese Weise kann der Eigentümer dem Nachbar nicht nur den Gebrauch und Genuß seines Grundstückes erschweren oder vereiteln, sondern ihm selbst den Aufenthalt auf demselben verleiden oder unmöglich machen. Er hat es in seiner Hand, den Nachbar zu vertreiben oder ihn zu nötigen, ihm sein Grundstück um einen Spottpreis zu überlassen. Greift der Nachbar in dieser verzweifelten Notlage zu Repressalien, so entsteht, um mit Jhering zu sprechen, ein perpetuierlicher nachbarlicher Kriegszustand." Die schroffe Durchführung des Eigentumsprinzipes würde also hier jedes Nebeneinanderleben unmöglich machen und ebenso auch die freie Benutzung des Eigentums bei Grundstücken mehr oder weniger illusorisch machen. Richtig fragt Unger dann weiter, ob ein solcher Stand der Dinge noch ein Rechtszustand genannt werden könne, und meint bei der Erwägung, daß in der Wirklichkeit das Nachbarverhältnis sich meist viel friedlicher und befriedigender gestaltet, als nach dieser Theorie der Fall sein müßte, daß die Menschen besser sind als das Recht und daß das Rechtsgefühl der Nachbarn gesünder ist als die Rechtstheorie.

Aber diese Betrachtung und der Verlaß auf das gesunde Rechtsgefühl kann nicht aus den Schwierigkeiten heraushelfen. Es ist doch nicht zu leugnen, daß solche Kollisionen, ganz gleich welchen Grades sie auch sein mögen, eintreten können, und es ist die Pflicht der Rechtsordnung, die das gedeihliche Zusammenleben aller ermöglichen soll, hier Abhilfe zu schaffen und solchen Verhältnissen vorzubeugen. Es handelt sich darum, einen modus vivendi zu schaffen, der jeden befriedigt und der imstande ist, ein friedliches nachbarliches Verhältnis herbeizuführen. Da jeder sich in seinem Rechte befindet, muß jeder einen Teil seines

[9]) Nachbarrecht S. 718.

Rechts aufgeben, und das Gesetz muß seine Anordnungen so treffen, daß nicht der eine dabei zu sehr zugunsten eines andern in seiner rechtmäßigen Eigentumsausübung geschmälert wird. Die einander widerstreitenden Interessen müssen also derartig abgegrenzt werden, daß einerseits die Handlungsbefugnis des einen nicht zu sehr eingeschränkt und andererseits die Duldungspflicht des andern nicht übermäßig ausgedehnt wird, und die vorhergehende Betrachtung lehrt uns, welche großen Schwierigkeiten eine solche Regelung bietet.

§ 3.

Die geschichtliche Entwicklung und die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung.

Das Immissionenproblem hat in der Kodifikation des römischen Rechts nur eine sehr geringe Beachtung gefunden, und es sind eigentlich nur zwei Quellenstellen, die davon handeln. Dieses Übergehen einer heute, man kann fast sagen brennenden Frage, erklärt sich hauptsächlich aus folgenden Gründen.

Einmal waren industrielle Unternehmungen zu jener Zeit kaum vorhanden, und die gewöhnlichen häuslichen Verrichtungen gaben meist keinen Anlaß zu größeren Belästigungen des Nachbarn. Aber auch da, wo solche Unternehmungen bestanden, waren bei der Unbekanntschaft der Römer mit Chemie und maschinellen Einrichtungen, und bei der Art der Betriebe, die sich wohl niemals über die heutigen handwerksmäßigen Betriebe erhoben, selten Kollisionen möglich. Dazu kam noch ein Grund, daß nämlich die Regelung der ganzen Grundstücksverhältnisse eine andere war. Die Unternehmungen waren nur in den Händen der Reichen, und diese hatten bei der Geringschätzung der Römer, zur Miete zu wohnen, und bei ihrer Geneigtheit, alle Kapitalien im Grundbesitz anzulegen, in der Regel derartig große Güter, daß die Wirkungen sich kaum über die eigenen Grenzen hinaus geltend machten. Immerhin waren Kollisionen doch möglich, wie wir aus der gesetzlichen Regelung im Corpus juris erkennen können.

Die erste Stelle ist l. 44 Dig. de iniur. 47, 10, die andere die bereits zitierte l. 8 § 5 Dig. si servitus vindicetur 8, 5. Hauptsächlich die letztere kommt hier in Betracht. Sie behandelt die Immission durch Rauch, Wasser und Steine und enthält die Worte: „in suo enim alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat." Solange nun die Verhältnisse, die wir eben geschildert haben, sich nicht oder doch nur wenig änderten, solange gab man sich auch nicht viel mit der Auslegung dieser Quellenstelle ab. Dies änderte sich jedoch im 19. Jahrhundert, das man nicht mit Unrecht das Jahrhundert der Erfindungen genannt hat. Den Anstoß gab die Erfindung der Dampfmaschine und die Möglichkeit ihrer Verwertung zu allen Unternehmungen. Jetzt war

der Weg frei, alles was man bis dahin geahnt und gedacht hatte, auszuführen und alle Betriebe mit einem Schlage von der handwerksmäßigen Ausübung auf die Stufe des Großbetriebes zu bringen. Es folgte der rasche Aufschwung aller Industriezweige und Hand in Hand mit den neuen großen Erfindungen meist auf dem Gebiete der Chemie und Technik die stete Zunahme der industriellen Unternehmungen. Alle diese Betriebe aber waren bei der stetig zunehmenden Bevölkerung und den damit immer mehr steigenden Grundstückspreisen auf einen möglichst kleinen Raum für ihre Tätigkeit angewiesen. So kam es, daß jetzt Kollisionen der nachbarrechtlichen Interessen nicht mehr ausblieben, sondern mehr und mehr sich bemerkbar machten. Um die einschlägigen Fragen zu beantworten und zu entscheiden, ging man zu einer Interpretation der angegebenen Quellenstellen.

Schon bei dem „in suo" gab es Differenzen. Es soll hier nicht auf jene nutzlosen Theorien eingegangen werden, wieweit sich das Eigentum an Grundstücken erstreckt, ob es, wie Gesterding[10]) sagt, sich vom Mittelpunkt der Erde bis in den Himmel ausdehnt, oder ob es, wie Werenberg[11]) meint, das Erdinnere und die Luft gar nicht in sich begreift, welche nur okkupiert werden können. Wir wollen nur erwähnen, daß schließlich die Ansicht Jherings[12]) durchdrang, daß beides zum Eigentum gehört, aber nur insoweit, daß dadurch praktische Bedürfnisse befriedigt werden können.

Viel bedeutsamer war die Differenz, was unter dem „immittat" zu verstehen sei. Die herrschende Ansicht[13]) interpretierte jene Stelle so, daß Immissionen gemeint seien, die durch besondere Anlagen, nicht durch die gewöhnlichen, welche der normalen Benutzungsart des Grundstückes entsprechen, herbeigeführt werden.

Die Vertreter dieser Theorie stützten sich darauf, daß in jener Stelle die Rauchimmissionen ex foco erlaubt, die aber ex taberna caesaria verboten ist. Eine andere Meinung, die von Hesse[14]) aufgestellt ist, will aus jener Stelle nur das Verbot von unmittelbaren Immissionen herauslesen und die mittelbaren von der Rechtswidrigkeit ausschließen, da die freie Bewegung des Eigentümers sonst völlig lahmgelegt würde. Hesse stützt sich bei seiner Auslegung auf die grammatische Bedeutung des Wortes „immittere", die eine Ausdehnung auf die Fälle, wo andere Kräfte neben der Tätigkeit eines Menschen die Weiterverbreitung herbeiführen, wo also die Immissionen sich selbst weiter fortpflanzen und die Passivform des Wortes am Platze wäre, verbiete.

Beide Ansichten dürften kaum das Richtige treffen, denn sie beachten nicht, daß die römischen Juristen bei ihrem Mangel an abstrakter und allgemeiner Ausdrucksweise genötigt waren, den ihnen vorliegenden Fall

---

[10]) Ausbeute von Nachforschungen III S. 399.
[11]) Kollision der Rechte S. 21.
[12]) Beschränkungen S. 89.
[13]) Randa S. 114 und Nachweise daselbst.
[14]) Rechtsverhältnisse S. 274; Nachbarliche Verhältnisse S. 404.

stets konkret zu besprechen. Daraus erklärt sich wohl auch, daß das Wort immittere nur in aktiver Bedeutung gebraucht ist, und daß die tabaerna caesaria dem focus gegenübergestellt ist. Mit Rücksicht hierauf darf man aber bei der Interpretation nicht ängstlich zuwege gehen und sich nicht an die Worte klammern, die hier gerade auf Grund des vorliegenden Falles gebraucht sind. Die erste Theorie, daß es auf die Art der Anlage ankommt, übersieht außerdem, daß bei fumum puta ex foco die Worte „non gravem" stehen. Würde es den römischen Juristen allein auf die Hervorhebung des Unterschiedes zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Anlagen angekommen sein, dann würden diese Worte keinen Sinn haben. Hesse aber übersieht weiter ganz, daß die Digestenstelle doch auch die Immission von Rauch, und diese ist gerade eine indirekte, da der Rauch durch den Wind weiter getrieben wird, verbietet. Die richtige Ansicht ist wohl die von Jhering[15]) aufgestellte, der sich auch Burckhard[16]) angeschlossen hat, daß alles auf die Wirkung und den Grad des Eingriffes ankommt. Es ist dem Betroffenen einerseits ganz gleich, ob der Rauch, der durch Mitführung von erheblichen Rußmengen ihm die Wohnung beschädigt und ihm den Aufenthalt außerhalb des Hauses unmöglich macht, einem Fabrik- oder einem Heizschornstein entströmt, ebenso wie ihn die Errichtung einer Fabrik nicht belästigen wird, wenn Vorkehrungen getroffen sind, die den übermäßigen Rauch von seinem Grundstück fernhalten, und dieser Ansicht hat sich denn auch die Praxis im großen und ganzen angeschlossen.

Die kurzen, nur die Hauptpunkte betreffenden Ausführungen sollen zur Betrachtung der Frage nach geltendem Rechte hinüberleiten. Sie sollten zeigen, welche Differenzen in Betracht kamen und wie notwendig eine Neuregelung dieser Materie bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches war. Dazu kam noch, daß nicht nur in der Theorie eine große Uneinigkeit herrschte, sondern daß auch in der Praxis, wie wir später in anderm Zusammenhang betrachten wollen, viel Streit über die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des corpus juris bestand. Das römische Recht war zwar dank seiner kapitalistischen, auf dem Vermögensrecht des einzelnen beruhenden Grundlage in hohem Maße befähigt, sich den wechselnden Anschauungen und Forderungen der verschiedenen Zeiten anzupassen und ihnen gerecht zu werden, wovon das Bürgerliche Gesetzbuch mit seinen teilweise fast unverändert übernommenen Rechtsinstituten Zeugnis ablegt, hier aber, bei dem Immissionenproblem, versagte es und mußte es versagen, und zwar aus dem Grunde, weil diese ganze Frage damals noch nicht bestand, bezw. eine so untergeordnete Bedeutung hatte, daß sich die Rechtswissenschaft jener Zeit nur wenig mit ihr befaßte.

Der nächste Abschnitt soll über die Regelung dieser Materie nach geltendem Recht Aufschluß geben.

---

[15]) a. a. O. S. 106.
[16]) S. 224.

§ 4.

Immissionenlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Der Begriff der Immission ist im Bürgerlichen Gesetzbuch, das Definitionen gern vermeidet, nicht besonders definiert. Wir haben auch hier von dem Wesen des Eigentums auszugehen. Der Begriff des Eigentums ist kein ein- für allemal feststehender. Die Anschauungen wechseln hier mit den verschiedenen Verhältnissen und Strömungen einer Zeit. Während im ersten Entwicklungsstadium ein Sondereigentum der kommunistischen Staatsauffassung gemäß überhaupt nicht bestand, zeigt die folgende Entwicklung den Übergang zu einer individualistischen Auffassung des Eigentums, wie dies besonders im römischen Rechtssystem einen so prägnanten Ausdruck gefunden hat. Im großen und ganzen besteht diese Auffassung ja auch heute noch, aber auch hier ist schon vieles, den sozialen Bestrebungen unserer Zeit folgend, im Interesse teils der Allgemeinheit, teils der wirtschaftlich Schwachen modifiziert worden. Es soll hier nur an das Schikaneverbot und vor allem an das Nothilferecht des § 904 BGB. erinnert werden. Beide Paragraphen bedeuten eine tiefgreifende Beschränkung des freien Eigentums, der eine nach der positiven, der andere nach der negativen Seite hin. Daß aber unsere Entwicklung hiermit noch nicht abgeschlossen ist, lehrt die Menge der stets neu aufgestellten Forderungen auf weitere Einschränkungen im Interesse der Gesamtheit. Und wer kann es sagen, ob nicht bei dem Kreislauf, den die Anschauungen der Menschen so oft vollführen, unsere Entwicklung wieder zum Kommunismus, zur Aufhebung des Sondereigentums überhaupt, hinführt. Aber nicht nur in dieser Beziehung ist der Eigentumsbegriff Änderungen unterworfen gewesen. Während in der römischen Rechtsentwicklung ein doppeltes Eigentum, das quiritische und das bonitarische, bestand, gibt es heute gesetzlich nur ein Eigentum. Wir kennen nach geltendem Recht wohl verschiedene Beschränkungen in dem Erwerb des Eigentums, wenn aber das Eigentum erworben ist, gibt es keinen in der Person des Ausübenden liegenden Unterschied mehr, der ihn im Verhältnis zu andern besser oder schlechter stellt. Eine weitere Änderung in der Entwicklung umfaßt die Ausdehnung des Eigentumsrechts. In früherer Zeit gehörten zum Eigentum eine größere Anzahl öffentlich-rechtlicher Befugnisse. Diese hat der Staat, der modernen Auffassung seiner Rechte und Pflichten gemäß, nach und nach fast alle an sich genommen. Dieser vielfache Wechsel des Eigentumsbegriffes zeigt, daß wir bei Beurteilung von Zweifeln nicht auf einen ideellen Eigentumsbegriff zurückgehen können, sondern daß wir alle Streitfragen nach den bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs herrschenden Anschauungen entscheiden müssen.

Es bestimmt hier § 903:

„Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen."

Es kann also der Eigentümer an und für sich jede Einwirkung auf seine Sache, die durch eine menschliche Tätigkeit hervorgerufen ist, verbieten. Er kann aber natürlich nichts gegen eine Immission machen, die durch die natürlichen Verhältnisse geschieht, ohne daß der andere die Wirkung selbst hervorgerufen hat, wie z. B. einen natürlichen Wasserlauf, der dem nachbarlichen Gebiet entströmt. Da § 903 keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Immissionen macht, so folgt daraus, daß jede, die direkte und die indirekte, unzulässig ist, vorausgesetzt, daß überhaupt ein körperliches, wenn auch imponderabiles Hinüberwirken in das fremde Gebiet geschieht. Die gleiche allgemeine, daher ebenfalls beide Immissionsarten umfassende Ausdrucksweise finden wir in §§ 905 und 1004. Anders ist es mit § 906; dieser läßt sowohl durch seine Ausdrucksweise als auch durch die angegebenen Beispiele ganz klar erkennen, daß er nur die indirekten Immissionen zum Gegenstand hat. Schon aus dem Wort „Zuführung", das freilich nicht sehr glücklich gewählt ist, und der Gegenüberstellung im zweiten Satze mit „Zuführung durch eine besondere Leitung" ergibt sich, daß dies Wort nicht im Sinne des täglichen Lebens gebraucht, sondern daß ein Hinüberwirken gemeint ist, das von einer menschlichen Tätigkeit unabhängig ist und durch andere, selbständig wirkende Kräfte herbeigeführt wird. Dies lassen auch die angegebenen Beispiele, wie Gas, Dampf, Geruch, Rauch usw. klar erkennen, da bei allen diesen die Weiterverbreitung normalerweise durch Naturkräfte und nicht durch menschliches Zutun geschieht.

Wir kommen daher, da § 906 nur für die indirekten Immissionen in bestimmten Fällen eine Duldungspflicht festsetzt, zu dem Schluß, daß die direkten Immissionen stets und ohne Rücksicht auf die Art ihres Wirkens verboten werden können, die indirekten aber teilweise ertragen werden müssen.

Wenn wir nun zu unserem Hauptfall, den Grundstücksimmissionen, zurückgreifen, so ist die nächste wichtige Frage, wie weit sich das Eigentum nach geltendem Recht erstreckt. Die Antwort gibt § 905: „Das Recht des Eigentümers eines Grundstückes erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und den Erdkörper unter der Oberfläche."

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich also der schon erwähnten Ansicht angeschlossen, daß die Grenze des Grundstückseigentums der Mittelpunkt der Erde und der Himmel ist. Man kann dies nicht als theoretische unfruchtbare Erwägung, die für die Praxis ohne Interesse ist, bezeichnen, wie man dies wohl im ersten Augenblicke tun möchte. Denn wo soll man schließlich die Grenze ziehen? Die heutige Entwicklung bringt fortgesetzt die größten Überraschungen, die alle bisherigen Ansichten und Verhältnisse umwerfen, hervor, und es wäre daher leicht möglich, daß eine heute für vollständig ausreichend erachtete Grenze nach kurzer Zeit sich als ungenügend für die praktischen Bedürfnisse herausstellen würde; außerdem wäre eine solche Grenze sehr schwer zu ziehen, denn sie müßte bei einem großen Bergwerk viel weiter liegen als bei der gewöhnlichen Bodenbenutzung.

Dadurch aber, daß diese Grenze bis in die Unendlichkeit hinausgerückt ist, ist wieder die Möglichkeit von Kollisionen in hohem Maße geschaffen worden. Denken wir an die zum Grundstück gehörige Luftsäule. Es könnte beispielsweise jeder Grundherr verbieten, daß hoch über seinem Grundstück hinweg die zahmen Tauben des Nachbars fliegen, oder daß der Rauch einer Fabrik darüber hinweg zieht. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß dadurch eine Einwirkung auf das Herrschaftsgebiet des Eigentümers herbeigeführt wird. Daß diese Einwirkung unschädlich ist, bleibt außer Betracht, denn das Gesetz normirt in § 903 nicht die Freiheit von schädlichen, sondern von allen, auch den kleinsten und unschädlichsten Einwirkungen. Um derartige Konsequenzen des Eigentumsbegriffes zu verhindern, sagt § 905 weiter, daß der Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten kann, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat. Besser wäre es freilich gewesen, wie Monich[17]) richtig bemerkt, wenn um frivole und aussichtslose Klagen zu hindern, statt Interesse „erhebliches Interesse" gesetzt wäre. Man kann wohl, um bei dem erwähnten Beispiel zu bleiben, nicht sagen, daß der Eigentümer kein Interesse daran hat, daß die über sein Grundstück hinwegfliegenden Tauben seines Nachbarn nicht eventuell seine Tische und Stühle, die er im Freien stehen hat, beschmutzen, wohl aber würde hier ein objektiv erhebliches Interesse fehlen. Die damit eingeführte Beschränkung des Eigentumsrechtes soll nach § 905 erst beginnen, wo jedes Interesse des Eigentümers oberhalb oder unterhalb der Oberfläche seines Grundstückes aufhört. Wer diese Ausnahme für sich in Anspruch nimmt, hat sie zu beweisen.[18])

Diese in § 905 angegebene Einschränkung genügt aber noch nicht. Es wird niemals ganz zu vermeiden sein, daß die Nachbarn über die Grenzen ihres Eigentums hinauswirken. Man braucht nur an die einfachsten häuslichen Verrichtungen zu denken, wie Teppichklopfen, Kochen und Heizen. Hier liegt jedenfalls auf der Seite des Betroffenen ein erhebliches Interesse an der Ausschließung vor, und doch kann man ihm kein absolutes Verbietungsrecht gegen diese Immission durch Staub, Lärm, Geruch und Rauch geben, denn sonst müßte jede Benutzbarkeit der eigenen Sache aufhören, und es würde jede menschliche Tätigkeit lahmgelegt werden. Und hier sind wir wieder bei dem Problem des Immissionenrechts angelangt, daß jeder Teil in seiner freien Eigentumsausübung zugunsten der andern beschränkt werden muß, denn die beiden Seiten des Eigentums, die positive, daß jeder mit der eigenen Sache nach Belieben verfahren kann, und die negative, daß man die andern von jeder Einwirkung ausschließen kann, lassen sich in der Praxis nicht streng durchführen, ohne den Tod des Eigentums herbeizuführen. Die Hauptschwierigkeit liegt hier darin, wo die Grenzen gezogen werden und wieviel jeder Teil von seinem Rechte hergeben soll, um einen erträglichen Zustand herbeizuführen. Aus-

[17]) S. 159.
[18]) RGE. Bd. 59 S. 116.

diesen Erwägungen heraus ist § 906 entstanden, welcher bestimmt, daß unerhebliche und ortsübliche Immissionen ertragen werden müssen. Wie dieser Paragraph in der Praxis wirkt und welche Konsequenzen er hat, das wollen wir später in anderm Zusammenhang genau betrachten. Ebenso soll die Frage, ob wir es bei § 906 mit einem Recht des Immittenten oder einer Duldungspflicht des Betroffenen zu tun haben, d. h. ob eine wenn auch eingeschränkte Immissionsfreiheit oder ein gemildertes Immissionsverbot besteht, eine Frage, die für die Beweislast von großer Bedeutung ist, in einem späteren Abschnitt erörtert werden.

Wenn Immissionen in Betracht kommen, so entscheidet allein die Wirkung, nicht die Art der Immissionen;[19]) dies geht einmal aus § 906 hervor, und andererseits wäre es nicht gerecht, Beeinträchtigungen, die nicht stärker sind als die, welche auch sonst ertragen werden müssen, bloß deshalb verbieten zu können, weil sie anders geartet sind als die gewöhnlichen.

Der § 906 erwähnt als Beispiel der Einwirkungen Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch und Erschütterungen. Daß es sich hierbei nicht um eine erschöpfende Aufzählung handelt, geht daraus hervor, daß er fortfährt: „und ähnliche Einwirkungen". Alle die angegebenen Beispiele von Immissionen lassen aber klar erkennen, daß nur solche gemeint sind, die in dem Herrschaftsbereich des andern eine nachweisbar körperliche Veränderung herbeiführen, mögen diese in einer Bewegung der Erd- oder Luftmoleküle oder in einer Veränderung oder Erwärmung derselben bestehen. Die Motive bezeichnen die angegebenen Einwirkungen als Imponderabilien, was auch zutrifft; denn wenn auch die einzelnen als solche meist nach ihrem spezifischen Gewicht zu bestimmen sind, sind doch die Einwirkungen, die im konkreten Fall vorgenommen werden, meist nach Maß und Gewicht nicht mehr nachweisbar. Bei allen Immissionen des § 906 ist aber erforderlich, daß sie in der vorhandenen Substanz des fremden Eigentums eine merkbare Veränderung, die aber auch hier natürlich nicht bloß eine Verschlechterung zu sein braucht, hervorrufen.

Nun gibt es aber auch Einwirkungen, die die vorhandene Substanz des andern Eigentums nicht positiv berühren, sondern nur negativ etwas, worauf der andere Teil kein Recht hat, von ihm fernhalten, ohne dem andern Grundstück etwas zu geben oder direkt fortzunehmen. Als Beispiel derartiger negativer Einwirkungen kann man erwähnen,[20]) daß einem Eigentümer durch eine Riesenmauer, die ein Nachbar baut, Licht und Zuzug frischer Luft in schmerzhafter Weise verkümmert wird. Wie bei den vorher angegebenen handelt es sich auch bei diesen Einwirkungen, die das Bürgerliche Gesetzbuch nicht als unzulässig erwähnt, und gegen die der Betroffene also kein Verbietungsrecht hat,[21]) um eine nachweisbare

[19]) Endemann Bd. 2 S. 286.
[20]) Cosack Bd. 2 S. 152 f.
[21]) Abgesehen von Landesgesetzen wie z. B. dem preuß. Licht- u. Fensterrecht.

körperliche Beeinflussung des nachbarlichen Eigentums, denn sie haben etwas Substanzielles, wie Licht und Luft, zum Gegenstand. Bei jenen jedoch wird das, was auf dem andern Grundstück schon vorhanden war, sei es durch direkte Fortnahme, sei es durch Hineinbringen anderer Stoffe, geändert, während bei diesen nur etwas, was das leidende Grundstück bisher immer zu seiner Verfügung gehabt hatte, worauf es aber rechtlich — wenigstens privatrechtlich — keinen Anspruch hat, ferngehalten wird. Cosack sagt, solche Einwirkungen könnten nur verboten werden, wenn sie sich als Schikane darstellen. Dieses Hilfsmittel wird aber sehr selten anwendbar sein, denn § 226 verlangt, daß die Rechtsausübung nur den Zweck haben „kann", einen andern zu schädigen. Es wird vielmehr fast immer noch ein anderer Zweck denkbar sein, der dann vorgeschützt wird und die Anwendung des § 226 verhindert.

Eine andere Art der Einwirkungen sind die ideellen.[22]) Diese wirken weder positiv noch negativ auf das leidende Grundstück ein, sondern sie bringen nur die Befürchtung einer späteren Immission hervor, deren Eintreten möglich, aber ungewiß ist, und bestehen bis zu ihrem Inkrafttreten nur in der Idee, daß sie einmal eintreten können. Auch diesen gegenüber versagt das Gesetz Schutz- und Abwehrmaßregeln; den einzigen Schutz bieten in diesem Falle die polizeilichen Sicherungsvorschriften,[23]) denn der Begriff der ideellen Immission ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd und eine analoge Anwendung des § 906 ausgeschlossen, da diese Vorschrift sich als Ausnahme von der Regel des § 903 darstellt.[24]) Es hat also der Eigentümer kein Verbietungsrecht, wenn die Anlagen auf dem Nachbargrundstück ihn, wenn auch erheblich, gefährden. Daß auch hier indirekt sofort Nachteile für den Betroffenen entstehen können, zeigt sich darin, daß beispielsweise die Feuerversicherungsprämie sofort höher werden wird, wenn daneben eine sehr feuergefährliche Anlage in Betrieb gesetzt wird.

Von diesen ideellen Immissionen müssen wir den Fall unterscheiden, daß bei oder vor dem Bau einer Anlage mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß sie, sobald sie in Betrieb gesetzt ist, Immissionen herbeiführen würde. Während in dem eben genannten Falle der Eintritt der Einwirkungen ungewiß und nur möglich ist, ist hier ihr Eintritt gewiß, und es ist hier nur der Zeitpunkt ihres Inkrafttretens noch nicht herangekommen. In diesem Falle gibt das BGB. im § 907 dem, der später davon betroffen wird, ein Verbietungsrecht, noch ehe die Immissionen eingetreten sind. Dieses vorzeitige Verbietungsrecht liegt im Interesse beider Teile, denn einerseits braucht der später Betroffene nicht zu warten, bis er wirklich Schaden erlitten hat, und andererseits kann dadurch demjenigen, der die Anlage herstellt, die unangenehme Lage möglicherweise erspart bleiben, daß er die fertige Anlage nicht gebrauchen kann oder gar

---

[22]) Dernburg Bd. 3 S. 242.
[23]) Endemann Bd. 2 S. 286; RGE. Bd. 50 S. 225.
[24]) Turnau-Förster S. 298 f.; RGE, Seuffert 3. Folge Bd. 2 S. 361.

wieder niederreißen muß. Dieses vorherige Verbietungsrecht ist aber eingeschränkt, wenn die Anlagen den landesgesetzlichen Vorschriften, die für derartige Anlagen erlassen sind, entsprechen. Der Grund hierfür ist einmal der, daß derjenige, welcher künftige Störungen und Immissionen befürchtet, nach § 17 GO. in der Lage ist, seine Einwendungen im verwaltungsrechtlichen Konzessionsverfahren geltend zu machen, andererseits aber wohl auch die Ansicht, daß die polizeilichen Sicherungsvorschriften einen so genügenden Schutz bieten, daß eine derartige spätere Einwirkung nicht anzunehmen ist; in diesem Falle muß der andere nach § 907 mit seinen Ansprüchen warten, bis die gefürchteten Einwirkungen tatsächlich hervorgetreten sind.

In bezug auf die eben erwähnten negativen und ideellen Immissionen und ihr Verhältnis untereinander scheint eine nicht ganz richtige Ansicht zu bestehen.[25]) Den ersteren gegenüber wird der Rechtsschutz versagt, da sie in einer Benutzung des Grundstückes bestehen, die zwar den Wert des Nachbargrundstückes beeinträchtigt, aber nicht über die eigenen Grenzen hinauswirkt. Das Reichsgericht[26]) sagt, daß die Schranken, die dem Eigentümer im Interesse eines geordneten nachbarlichen Zusammenlebens gezogen sind, nicht so weit gehen, daß eine erlaubte nicht über die Grenzen des Grundstückes hinauswirkende Art der Benutzung deshalb unterlassen werden müsse, weil sie den Wert des Nachbargrundstückes zu beeinträchtigen geeignet sei; eine solche Benutzungsart sei nicht widerrechtlich.

Einen andern Standpunkt nimmt das Reichsgericht[27]) und mit ihm zum großen Teil die Wissenschaft[28]) bei einigen der ideellen Immissionen ein. Das Reichsgericht führt hier aus:

> „Wegen einer Benutzungsart, welche in den durch das Gesetz und Vertrag gezogenen Schranken bleibt und über die Grenzen des Grundstückes nicht sinnlich wahrnehmbar hinauswirkt, kann der Eigentümer auf Entschädigung auch dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Nachbar infolge jener Benutzungsart höhere Feuerversicherungsbeiträge zahlen muß, oder der Wert seines Grundstückes sonst beeinträchtigt wird, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 226 oder § 823 f. BGB. vorliegen. Betreibt der Eigentümer mit der Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde auf seinem Grundstück ein feuergefährliches Gewerbe, so liegt darin weder ein Mißbrauch seines Eigentums, noch eine unerlaubte Handlung. Andererseits reicht die behördliche Genehmigung nicht aus, um einer Handlung den Charakter des Unerlaubten zu nehmen. So bleibt der Bordellbetrieb unerlaubt, auch wenn die Polizeibehörde und die Staatsanwaltschaft

---

[25]) Zu der folgenden Zusammenfassung vgl. Rathe S. 45 f.
[26]) RGE. in JW. 1902 Beilage 211.
[27]) RGE. Bd. 38 S. 330.
[28]) Planck Bd. 3 S. 139; Turnau-Förster S. 298; RGE. Bd. 50 S. 227; Mugdan Bd. 5 S. 386.

das Einschreiten gegen ihn abgelehnt haben.[29]) In einem solchen Betriebe liegt ein gegen die guten Sitten verstoßender, den Wert des Nachbargrundstückes beeinträchtigender Mißbrauch des Eigentums, für welchen der Nachbar verantwortlich ist."

Die Beeinträchtigung soll nun hier darin bestehen, daß das Wohnen auf dem Grundstück infolge der mit dem Bordellbetrieb verbundenen störenden Begleiterscheinungen an Annehmlichkeit verliert, weil das Benehmen der Dirnen als eine durch sinnliche Wahrnehmung vermittelte Einwirkung anzusehen ist, die die Nachbarn in ihrer nächtlichen Ruhe und ihrem sittlichen Wohlbefinden stört, und daß ferner der Wert des Nachbargrundstückes durch die anrüchige Nachbarschaft eines Bordells bedeutend herabgemindert wird. Auf die Frage, in welchem Wechselverhältnis die behördliche Genehmigung und die Unerlaubtheit einer Handlung stehen, wollen wir später eingehen. Hier wollen wir nur die Beurteilung der verschiedenen Immissionen betrachten, und da müssen wir den Unterschied, den das Reichsgericht macht, als nicht stichhaltig verwerfen. Aus dem eben Entwickelten schließt Rathe folgendes:

„Die Einwirkungen werden also durch das Medium der Luft bewirkt. Deshalb gehören auch durch die Sinne wirkende oder anstößige Anblicke hierher, nicht aber lediglich durch Vermittelung des Denkvermögens empfundene Beeinträchtigungen."

M. E. nach ist dieser Schluß nicht richtig, ebenso wie auch die angeführte Reichsgerichtsentscheidung nicht zutrifft, da sie von falschen Voraussetzungen ausgeht. Einmal findet die Ansicht, daß durch die Sinne, besonders durch das Sehen hervorgerufene Einwirkungen Immissionen im Sinne der §§ 903 und 906 BGB. sind, keine Stütze im Gesetz. Es ist freilich richtig, daß weitaus die meisten der Immissionen durch das Medium der Luft bewirkt werden. Die Aufzählung aber der hauptsächlichsten dieser im § 906 läßt deutlich erkennen, daß es sich stets um eine direkte körperliche Einwirkung handeln muß, die die auf dem anderen Grundstück vorhandene Substanz als solche berühren muß. Keines der dort aufgeführten Beispiele läßt den Schluß zu, daß eine lediglich durch das Sehen von dem leidenden Grundstück aus, also erst durch positive Tätigkeit von dort aus bewirkte Immission mit gemeint ist und unter die „ähnlichen Einwirkungen" fällt, denn sämtliche dort genannten wirken gerade ohne Zutun des Betroffenen. Solche Anblicke aber berühren nicht die auf dem andern Grundstück vorhandene Substanz, wie es alle anderen, wie Ruß, Gase, Geräusch und selbst Wärme tun. Aus diesen Erwägungen scheint mir der § 906 für solche Einwirkungen nicht anwendbar zu sein. Wo sollte außerdem dann die Grenze mit den negativen Immissionen sein? Ich glaube doch, daß den meisten Leuten ein in der Nähe befindliches Bordell nicht so störend sein wird als eine direkt hinter dem schönen Garten aufgeführte häßliche Mauer, die einen sehr unangenehmen Anblick bietet, oder

---

[29]) RGE. in Strafs. Bd. 1 S. 88.

eine dem Hause gegenüber befindliche große Reklamewand, die für feineres Empfinden direkt verletzend wirkt.

Verfehlt erscheint mir aber vor allem der Schluß, daß die Beeinträchtigung darin liegt, daß durch die anrüchige Nachbarschaft des Bordells der Wert des Grundstückes bedeutend herabgemindert wird, und daß darum der Eigentümer jenes verantwortlich ist. Es ist doch ganz gleich, ob die Wertminderung durch ein sehr feuer- oder explosionsgefährliches konzessioniertes Unternehmen oder durch ein konzessioniertes Bordell herbeigeführt wird; vielleicht ist bei diesem die Wertminderung der Nachbargrundstücke viel geringer als bei jenem. Man muß deshalb vielmehr sagen, daß auch für diesen Fall die polizeilichen Vorschriften den einzigen und wohl auch meist genügenden Schutz bieten, und wie streng sie gerade hierbei sind, das weiß wohl jeder. Wenn also doch von anstößigen Anblicken gesprochen wird, so sind sie sehr geringfügig und wohl kaum derartig wie bei einer Fabrik, wo das rohe und ungenierte Benehmen der Arbeiter und Arbeiterinnen oft genug das Gefühl der Umwohnenden gröblich verletzt.

Das Reichsgericht sagt in einer anderen Entscheidung[30]) etwa folgendes:

> „Unmöglich ist es, die erlaubte über die Grenzen des Grundstückes nicht sinnlich wahrnehmbar hinauswirkende, aber die Nachbargrundstücke im Wert beeinträchtigende Benutzungsart unter den Begriff der Immission zu bringen. Denn dieser Begriff umfaßt nur das körperliche wenn auch imponderabile Hinüberwirken in fremde Grundstücke. Fehlt es an solchen und bleibt die körperliche Wirkung innerhalb der Grenzen des Grundstückes, so liegt keine Immission vor."

In dieser Entscheidung liegt die Kritik jener anderen Entscheidung, denn bei dem Bordellbetrieb entsteht, abgesehen von dem Fall, daß von dort heftiger Lärm fortwährend die Nachbarschaft stört, kein körperliches wenn auch imponderabiles Hinüberwirken in fremdes Gebiet, sondern die Wirkung bleibt innerhalb der eigenen Grundstücksgrenzen.

Die wirklichen Immissionen werden nun sehr oft durch Unterlassungen herbeigeführt.[31]) Auf die bestrittene Frage, ob und inwieweit eine Unterlassung kausal sein kann, brauchen wir hier nicht einzugehen, da nur die sogen. unechten Unterlassungen in Betracht kommen, indem der Immittent seine Pflicht zum Tun nicht erfüllt. Wer z. B. einen Teich auf seinem Grundstück hat, der durch schädliche Ausdünstungen die ganze Umgegend verpestet, muß, da diese Immissionen widerrechtlich sind, sie abstellen oder sie auf ein erträgliches Maß zurückführen; unterläßt er diese Pflicht zum Handeln, dann ist seine Unterlassung kausal für die Immission.

Die Fassung des § 906, die, wie Dernburg[32]) sagt, befremdet, indem er statt gewisse Immissionen zu verbieten eine Duldungspflicht

[30]) RGE. in Anm. 24.
[31]) Dernburg Bd. 3 S. 243.
[32]) a. a. O. S. 241.

unter bestimmten Kautelen festsetzt, ergab sich als notwendig aus der Ansicht des Gesetzgebers, der, wie wir später sehen werden, prinzipiell von der Freiheit des Eigentums ausgegangen ist, so daß jeder Eingriff in fremdes Eigentum erst besonders gestattet werden mußte. Denn da § 903 jede Einwirkung für unzulässig erklärt, würde das Verbot besonderer Immissionen zwecklos gewesen sein, denn es hätte sich auch ohne § 906 jeder Eigentümer auch die kleinsten Einwirkungen verbieten können. Es mußte vielmehr der Gesetzgeber bestimmen, daß die Immissionen, die unerheblich oder gar nicht beeinträchtigen oder die ortsüblich sind, ertragen werden müssen.

Bei einer Beurteilung von Immissionen ist es ohne jede Bedeutung, ob die Einwirkungen von einer dicht nebenan oder einer vielleicht weiter entfernt liegenden Anlage herrühren; dies folgt einmal daraus, daß die meisten der einschlägigen Vorschriften des Gesetzes,[33]) von zwei Ausnahmen abgesehen,[34]) in dieser Beziehung keinen Unterschied machen, und andererseits aus den Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuches,[35]) welche aussprechen, daß man, wenn über die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit einer Immission bestimmt werden soll, nicht nur das Verhältnis von Nachbar zu Nachbar zu berücksichtigen, vielmehr den Umfang des Rechtes des Eigentümers gegen alle Personen festzusetzen habe. Während in früherer Zeit bei dem Mangel an industriellen Unternehmungen, vor allem bei dem Fehlen des heute überall vorhandenen intensiven Dampfbetriebes hauptsächlich nur das nachbarliche Verhältnis in Betracht gekommen sein mag, erstrecken sich heute fast alle derartigen Wirkungen, man braucht nur an eine Knochenmehlfabrik zu denken, auf einen größeren und oft sehr weiten Umkreis. Wenn daher der auf dem einen Grundstücke entwickelte Rauch oder Ruß sich auf ein anderes Grundstück niederlegt und von dort durch die Luftbewegung gehoben und auf ein drittes Grundstück getragen wird, so ist die Frage, ob der Eigentümer des letzten Grundstückes dies nicht verbieten kann, zwischen ihm und dem Eigentümer des den Rauch oder Ruß erzeugenden Grundstückes zu entscheiden,[36]) denn dieser hat durch seine Anlage die Immissionen hervorgebracht; es muß aber natürlich der Kausalzusammenhang nachweisbar sein, denn wenn die Möglichkeit vorliegt, daß die Immissionen auch auf andere Weise oder von einer anderen Stelle entstanden sein können, hat der Betroffene keinen Anspruch, da man nicht einen vielleicht ganz Unschuldigen haftbar machen kann.[37])

Die vorhin als Ausnahme erwähnten § 907 BGB. und § 26 GO., die als einzige das nachbarliche Verhältnis erwähnen, sind nicht so eng zu interpretieren, daß nur das direkt daneben liegende Grundstück gemeint ist; wir kämen sonst, wie wir später sehen werden, zu einem unmöglichem Resultat. Es ist vielmehr anzunehmen, daß hier das Wort „benachbart"

[33]) §§ 903, 906, 1004 BGB.
[34]) § 907 BGB; § 26 GO.
[35]) Motive Bd. 3 S. 265.
[36]) Planck Bd. 3 S. 139.
[37]) RGE. Bd. 29 S. 139.

in dem Sinne des täglichen Lebens gebraucht ist, wo man auch viele Leute als Nachbarn bezeichnet, die gar nicht dicht nebenan, sondern weiter entfernt wohnen. Es kann also, da ein direktes nachbarliches Verhältnis nicht mehr gefordert wird, der Eigentümer eines Waldes, welcher durch die Dämpfe einer viele Kiliometer entfernt liegenden Zinkhütte Schaden erleidet, gegen den Eigentümer dieser Hütte seine Ansprüche geltend machen, und ebenso kann dies eine Stadt tun, deren Fluß, aus dem sie ihr Trinkwasser bezieht, durch ein weit entfernt liegendes Salzbergwerk dadurch verunreinigt wird, daß dieses seine salzigen Abwässer hineinleitet.[38])

In dem bisher Gesagten handelt es sich stets darum, daß dasjenige, was auf dem leidenden Grundstück sich als Immission darstellt, zwar durch eine Anlage auf dem Grundstück des Immittenten hervorgebracht, von dort aus aber ohne weiteres menschliches Zutun, lediglich durch Mitwirken von Kräften, die wie Wind und Schwerkraft von dem Willen und der Verfügungskraft des Immittenten unabhängig sind, auf das andere Grundstück gelangt sind. Es kann nun aber auch sein, daß der Immittent durch irgend welche technischen Mittel, z. B. durch ein Dampfrohr, die Einwirkungen auf ein besonderes Grundstück, das ohne diese Leitung nicht oder doch nicht so sehr getroffen werden würde, hingeleitet hat. Eine derartige Einwirkung ist nach § 906 Satz 2 in jedem Falle unzulässig, wobei es nicht in Betracht kommt, ob die besonders hingeleiteten Immissionen erheblich oder nicht ortsüblich sind. Mit diesem Satze ist freilich nichts Neues gesagt, denn wenn die Einwirkungen erst durch Maßnahmen des Immittenten und nicht durch Naturkräfte allein an den Ort ihrer Wirksamkeit gebracht werden, haben wir es nicht mehr mit indirekten, sondern sofort mit direkten Immissionen zu tun, die schon durch das Ausschließungsrecht des § 903 getroffen werden. Die Grenze zwischen den direkten und indirekten Immissionen zu ziehen ist schwer und überhaupt nur von dem Gesichtspunkt aus möglich, daß alles das als direkte Immission erklärt wird, was in seiner Wirkung auf dem bestimmten andern Gebiet hervortreten muß. Sowie also der Immittent durch eine besondere Leitung die Immissionen an ihren Wirkungsort bringt, wirkt er mit voller Absicht auf das betreffende Grundstück ein, und es ist seine Immission eine direkte zu nennen, die nach § 903 verboten ist.

§ 903 erklärt jede Einwirkung für unzulässig, ohne dabei, da er schlechthin vom Eigentümer spricht, einen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zu machen; § 906 dagegen spricht nur von dem Eigentümer eines Grundstückes, meint also nur unbewegliche Sachen. Wie wir gesehen haben, stellt sich § 906 als eine Einschränkung des § 903 dar, und zwar, wie aus dem Wort „Eigentümer eines Grundstückes“ hervorgeht, nur für den Fall, daß die indirekten Immissionen unbewegliche Sachen betreffen. Es wird ja nicht oft der Fall vorkommen, daß auf eine bewegliche Sache immittiert wird, aber denkbar und praktisch

[38]) Dernburg Bd. 3 S. 243.

sind solche Fälle auch.[39]) Es folgt nun daraus, daß nach § 903 der Eigentümer jeder Sache ein Verbietungsrecht gegen Immissionen hat,[40]) während § 906 nur für den Eigentümer von unbeweglichen Sachen eine Duldungspflicht den unerheblichen und ortsüblichen Immissionen gegenüber statuiert, daß der Eigentümer beweglicher Sachen auch die unerheblichen und ortsüblichen Immissionen verbieten kann. Man käme auf diese Weise zu dem merkwürdigen Resultat, daß der Eigentümer einer Bleiche den ortsüblichen Rauch ertragen muß, während die Eigentümer der dort lagernden Wäsche ihn verbieten könnten. Die Einschränkung des Eigentümers durch § 903: „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen", kann für den Eigentümer einer beweglichen Sache nicht Anwendung finden, denn das Gesetz steht nur der Geltendmachung des unbegrenzten Verbietungsrechtes durch den Grundeigentümer entgegen; und selbst wenn wir die Beschränkung des Anspruches durch § 906 als Recht Dritter auffassen wollten, was aber nicht möglich ist, so würde das Recht dem Immittenten nur gegen Grundeigentümer, nicht gegen Eigentümer beweglicher Sachen zustehen. Dieses Resultat aber, daß der Eigentümer einer beweglichen Sache, die sich zufällig auf dem Grundstück befindet, ein größeres Verbietungsrecht haben sollte als der Eigentümer des Grundstückes selbst, ist völlig unannehmbar und dürfte auch kaum dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Wie ist hier zu helfen? Es gibt drei Wege, Analogie, Interpretation, oder aber Versagung jeglichen Verbietungsrechtes für den Eigentümer beweglicher Sachen.

Der letztere Weg ist um deswillen nicht gangbar, da er sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinne des Gesetzes widersprechen würde. § 903 stellt das Verbietungsrecht für den Eigentümer einer jeden Sache auf. Dieses Verbietungsrecht ihm vollständig zu nehmen, hieße ihn ganz rechtlos machen. Man könnte ihm aber das Verbietungsrecht nur zum Teil entziehen, nämlich da, wo es sich um indirekte Immissionen handelt, aber damit würde er bei erheblich schädigenden und nicht ortsüblichen Immissionen schlechter gestellt werden als der Grundeigentümer, der diese von sich abwehren kann. Die so herbeigeführte teilweise Rechtlosigkeit des Eigentümers einer beweglichen Sache, nämlich den indirekten Immissionen gegenüber, würde auch dadurch nicht weniger drückend gemacht werden, daß man ihn an den Eigentümer des Grund und Bodens, auf dem sich seine Sache befindet, verweisen würde, denn dieser würde oft ablehnen für ihn einzutreten, sei es absichtlich, um ihn zu schädigen, sei es, weil wie vielfach bei öffentlichen Straßen und Wegen dem Eigentümer dieser das Interesse daran fehlen würde. Es wäre außerdem nach den herrschenden rechtlichen Anschauungen, die wohl oft ein Muß zum Dulden, aber höchst selten ein Muß zum Handeln, und auch dann nur im öffentlichen Interesse vorschreiben, unmöglich, dem Eigentümer des Grund und Bodens die Pflicht aufzuerlegen, für den

[39]) RGE. Bd. 32 S. 337.
[40]) Dernburg Bd. 3 S. 241, 387; Förster-Eccius Bd. 3 S. 303.

Eigentümer der beweglichen Sache, die vielleicht ohne oder gar gegen seinen Willen auf seinem Grundstück sich befindet, klagend gegen den Immittenten aufzutreten. Denken wir an den Fall, daß der Eigentümer eines Weges, auf den fortwährend Funken aus der benachbarten Fabrik niederfallen, auf Grund einer Servitut dulden müßte, daß die Heufuhrwerke seiner Nachbarn diesen Weg benutzen. Er würde doch aber sicher nicht einschreiten, um die den Wagen gefährliche Funkenimmission von seinem Wege, den er vielleicht gar nicht gebraucht, fernzuhalten. Es ist demnach auf die Weise, dem Eigentümer beweglicher Sachen überhaupt kein Verbietungsrecht gegen indirekte Immissionen zu geben, keine Lösung der Frage zu erzielen.

Die beiden anderen Mittel sind Interpretation und Analogie. Bei der ersteren kommt die sogenannte extensive Interpretation in Betracht. Während man von Analogie spricht, wenn ein Rechtsverhältnis, für das man im Rechtssystem trotz der freiesten Auslegung seiner Regeln eine Bestimmung nicht zu finden vermag,[41]) nach den Grundsätzen beurteilt wird, die für ein dem streitigen möglichst ähnliches Rechtsverhältnis aufgestellt sind, will die extensive Interpretation eine Regel sinngemäß auf solche Fälle anwenden, für die der Wortlaut der Vorschrift nicht paßt. Im Gegensatz aber zu der Interpretation, die stets möglich ist, kann die Analogie nicht überall Anwendung finden, da sie einer Rechtsnorm Fälle unterstellt, die zweifellos durch sie nicht hatten geregelt werden sollen. Aus diesem Wesen der Analogie folgt, daß man wohl eine Grundregel des Rechtssystems analog anwenden kann, daß dies aber bei einer Ausnahme nicht möglich ist,[42]) denn die Analogie kann sich, da sie materiell neues Recht schafft, nur in dem Rahmen der Grundprinzipien des Gesetzes bewegen, andernfalls wäre sie imstande, das ganze Gesetz umzuwerfen und hinfällig zu machen. Wenn man eine das Rechtssystem beherrschende Regel analog anwendet, so wird diese Regel in ihrem Geltungsbereich ausgedehnt, ohne andere gesetzliche Vorschriften zu verletzen, da die Analogie Lücken ausfüllen soll; wenn man aber eine Ausnahme, die eine Regel absichtlich einschränkt, analog anwendet, so wird die gerade nur für einen besonderen Fall nicht anwendbare Hauptregel beliebig weiter eingeschränkt und da, wo sie bisher in Kraft war, in ihrem Geltungsbereich verengert, und es würde damit das betreffende Grundprinzip zum Nachteil der Rechtseinheit abgeändert werden. In diesem letzteren Falle würde also die analoge Anwendung nicht eine Lücke ausfüllen sondern vielmehr die gesetzliche Hauptregel einschränken und somit eine unzulässige Abänderung des Gesetzes herbeiführen. Da sich nun § 906 als eine Einschränkung des § 903 darstellt, so verbietet sich seine analoge Anwendung auf den Eigentümer beweglicher Sachen.

Als letzter Weg kommt die extensive Interpretation in Betracht, und diese führt zum Ziele. Sie soll über den Wortlaut der Vorschrift hinaus-

---

[41]) Cosack Bd. 1 S. 42 f.
[42]) vgl. Anm. 24.

gehen und ihren Sinn oder die Absicht des Gesetzgebers feststellen. Wenn nun auch nach dem Wortlaut des § 906 nur der Eigentümer unbeweglicher Sachen gemeint ist, so unterliegt es doch wohl keinem Zweifel, daß er den Eigentümer einer jeden, auch einer beweglichen Sache treffen will, zumal da doch gar kein Grund denkbar ist, den Eigentümer bei unbeweglichen Sachen so viel schlechter zu stellen als bei beweglichen Sachen. Die Materialien des Gesetzes erwähnen den Fall gar nicht, und es ist anzunehmen, daß man diese Möglichkeit gar nicht ins Auge gefaßt hat, und daß daher die auch in anderer Beziehung verunglückte Fassung des § 906 entstanden ist. Weil wir nun annehmen müssen, daß das Gesetz beide Eigentümer hat gleichstellen wollen, können wir durch extensive Interpretation den § 906 auch auf den Eigentümer beweglicher Sachen anwenden. Wie unerträglich die Ergebnisse sein würden, wenn wir beide Eigentümer nicht gleichstellten, ergibt sich aus dem erwähnten Beispiel in dem Falle zur Genüge, daß das Eigentum, was wohl oft zutreffen wird, bei den beweglichen und unbeweglichen Sachen in einer Person zusammentrifft. Es könnte dann der Betroffene als Eigentümer des Grundstückes nur die erheblichen und nicht ortsüblichen Immissionen verbieten, als Eigentümer der dort lagernden Wäsche aber auch die unerheblichen und ortsüblichen.

Hieraus folgt, daß man die Duldungspflicht, die § 906 dem Eigentümer einer unbeweglichen Sache auferlegt, auch auf den Eigentümer beweglicher Sachen entsprechend auszudehnen hat.

Anders liegt die Sache, wenn nicht der Eigentümer sondern der Besitzer einer Sache durch Immissionen gestört wird. Nach der herrschenden Lehre[43]) hat der obligatorisch berechtigte Besitzer einer Sache kein dingliches Recht an dieser, z. B. der Mieter an seinen Mietsräumen, und diese Ansicht hat auch das Reichsgericht[44]) vertreten. Der Mieter besitzt zwar nicht die ganze Sache, aber nach § 865 finden die Besitzschutzvorschriften auch zugunsten desjenigen Anwendung, der nur einen Teil der Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume besitzt. Während dem dinglich berechtigten Besitzer die aus dem Eigentum folgenden Ansprüche gegen Dritte durch das Gesetz gegeben sind,[45]) indem ihm der Schutz des § 1004 BGB. bei Störungen seines Besitzes zugebilligt ist, wodurch seine Stellung der des Eigentümers angenähert ist, hat der obligatorisch berechtigte Besitzer keinen petitorischen Anspruch gegen den Dritten, von dem die Störung ausgeht; er kann also nicht auf Grund seines Mietrechtes den Freiheitsanspruch geltend machen. Der Mieter hat in erster Linie die Besitzstörungsklage gegen den Vermieter, die er nach §§ 537—544 BGB. in den dort bestimmten Modifikationen gebrauchen kann.

---

[43]) Dernburg Bd. 3 S. 241; Neumann Bd. 1 S. 468; Endemann Bd. 2 S. 285.

[44]) RGE. Bd. 54 S. 233, Bd. 59 S. 326.

[45]) §§ 1017 Abs. 2, 1027, 1065, 1227 BGB.

Außer dieser Klage, die der Mieter als solcher gegen den Vermieter hat, und die sich auf das zwischen beiden bestehende Rechtsverhältnis gründet, hat der Mieter noch in seiner Eigenschaft als Besitzer der Sache gegen den Störer einen selbständigen Anspruch, der auf § 862 Abs. 1 BGB. beruht. Dieser bestimmt:

„Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen."

Verbotene Eigenmacht liegt nach § 858 stets dann vor, wenn jemand den Besitzer einer Sache stört, ohne daß das Gesetz diese Störung gestattet.

Der Unterschied zwischen den Besitzklagen und den Eigentumsklagen — den possessorischen und den petitorischen — liegt hauptsächlich in der Begründung des Anspruches. Der Besitz beruht auf der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Die Frage, ob der Besitz ein tatsächliches oder ein rechtliches Verhältnis zu der Sache bedeutet, eine Frage, die nach gemeinem Recht sehr bestritten war und die auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geklärt ist, kommt bei den Besitzklagen nicht weiter in Betracht, denn diese beruhen lediglich auf der Tatsache des Besitzes. Den Gegensatz bilden die auf dem Eigentum, also dem rechtlichen Verhältnis zu der Sache sich aufbauenden Ansprüche. Während bei den Eigentumsklagen der Anspruch deswegen erhoben wird, weil die rechtliche Herrschaft über die Sache gestört wird, wird bei der Besitzklage nur die Störung der tatsächlichen Herrschaft berücksichtigt. Aus dieser Verschiedenheit des Klagefundaments folgt die weitere Verschiedenheit beider Klagen. Der Besitzprozeß soll eine möglichst schnelle Regelung des tatsächlichen Verhältnisses beider Parteien zu der Sache schaffen und nur eine vorläufige Anordnung treffen. Der Grund, weshalb der Besitz als solcher geschützt wird, liegt nach der Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch darin, daß der Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äußern Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache bewahrt werden soll. Um dieses Ziel zu erreichen, sind alle Momente, die den Prozeß verzögern können, ausgeschieden, so besonders die Frage der Berechtigung zum Besitz. Alle diese Einwendungen werden daher im Besitzprozeß nicht berücksichtigt, sondern auf eine spätere petitorische Klage verwiesen. Im Besitzprozeß wird lediglich festgestellt, welcher Partei vorläufig ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitz nach der bisherigen Sachlage der ungestörte Besitz zukommt, während bei der Eigentumsklage das Besitzverhältnis endgültig entschieden wird.

Ob die Zuführung von Immissionen eine Besitzstörung bedeutet, ist bestritten. Wir wollen daher die Frage der Besitzstörung näher betrachten. Die tatsächliche Herrschaft über eine Sache besteht in der Möglichkeit, die Sache nach Belieben, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, zu benutzen. Daß man von einem unbegrenzten Immissionenrecht nicht reden kann, darauf ist schon vorher hingewiesen worden. Sowie der Besitzer daher in der beliebigen Benutzung gehindert

wird, liegt eine Besitzstörung vor. Ich glaube, daß man den Begriff der Hinderung nicht zu eng fassen darf, und daß in einer starken Rußimmission, die auf der nebenanliegenden Bleiche das Hinlegen der Wäschestücke unmöglich macht, eine gleiche Besitzstörung liegt wie in dem Versperren eines Weges, denn in beiden Fällen wird dem Besitzer die Benutzung der Sache unmöglich gemacht.

Es ist auffallend, daß die Praxis von dieser Verwendung der Besitzstörungsklage bisher so wenig Gebrauch gemacht hat, und erst in letzter Zeit hat das Kammergericht[46]) diesen Weg beschritten, und ihm ist dann das Reichsgericht[47]) gefolgt, indem es sagt:

„Eine Besitzstörung kann in den schädigenden Immissionen in den Mietgegenstand gefunden werden."

Bei der Anwendung der Klage aus § 862 BGB. ist aber zu berücksichtigen, daß auch hierbei der § 906 mit seinen Einschränkungen für die unerheblichen und ortsüblichen Immissionen nach dem eben Gesagten sinngemäß angewendet wird, denn innerhalb dieser Grenzen müssen die Immissionen ertragen werden, und es geht nicht an, dem Besitzer mehr Verbietungsrecht zu geben als dem Eigentümer. Im andern Falle könnte der Immittent im ordentlichen Prozesse gegen den Eigentümer sofort die Berechtigung zu diesen Immissionen, die ihm vorher im Besitzprozeß untersagt sind, geltend machen.

Ehe wir jetzt zu der Betrachtung übergehen, welchen Schutz das geltende Recht gegen Immissionen bietet, wollen wir noch folgendes anführen. Wenn der Immittent auch in gewissen Fällen ein Recht darauf hat, daß der Betroffene die Einwirkungen ertragen muß, so ist damit doch nicht gesagt, daß der andere nun die gesetzliche Pflicht hätte, die jeweiligen Immissionen seinerseits aufzunehmen. § 906 sagt, daß der Eigentümer nicht verbieten kann, sagt aber nicht, daß er die Einwirkungen in seine Eigentumssphäre aufnehmen müsse; er normiert demnach nur, daß dem Immittenten die Einwirkungen nicht verboten werden können, nicht aber eine Pflicht zur Aufnahme auf der Seite des Betroffenen. Daraus ergibt sich, daß der letztere jederzeit die Möglichkeit hat, den Immissionen gegenüber, die er nicht verbieten kann, sich seinerseits durch Anlagen auf dem eigenen Grundstück zu schützen; er ist zwar rechtlich machtlos, nicht aber tatsächlich;[48]) eine tatsächliche Abwehr ist vielmehr immer erlaubt und rechtlich möglich.[49]) Der Eigentümer kann sich durch eine Mauer gegen das Hinüberfliegen von Steinsplittern oder, soweit das bei der immittierenden Anlage auf dem andern Grundstück möglich ist, vor Rauch oder Ruß schützen, oder sich durch Schutzgitter oder Vogelscheuchen gegen das Eindringen von Tieren in sein Gebiet schützen. Dagegen braucht aber der Betroffene gegenüber Immissionen,

[46]) Blätter für Rechtspflege Jahrgang 15 S. 103.
[47]) RGE. Bd. 59 S. 326.
[48]) Motive a. a. O. S. 268; Rathe S. 45.
[49]) Neumann Bd. 1 S. 468; Leske S. 394.

die er als erheblich oder nicht ortsüblich verbieten könnte, keine Anlagen auf seinem Grundstück herzustellen, selbst wenn ihm dies ohne Mühe und Kosten möglich wäre, denn es besteht keine Verpflichtung, das Unrecht eines andern zu dulden, selbst wenn man sich ihm ganz mühelos entziehen könnte.

II. Der Rechtsschutz gegen die Immissionen und seine gesetzlichen Einschränkungen.

§ 5.

Die Ansprüche aus § 1004 BGB. und ihre Durchführung.

Bei der Frage, welchen Rechtsschutz das Gesetz Immissionen gegenüber gewährt, kommen zwei Möglichkeiten in Betracht: Entweder ist die Beeinträchtigung schon erfolgt, und dann kann sie einmal eine Fortsetzung erwarten lassen, oder sie ist ihrer Natur nach derartig, daß sie eine weitere Beeinträchtigung nicht erwarten läßt, oder aber die Immission ist noch nicht erfolgt, wenn auch ihr Eintritt jederzeit zu erwarten ist. Nur die erste Möglichkeit soll jetzt behandelt werden, und hier kommt § 1004 BGB. in Betracht, welcher lautet:

> „Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.
>
> Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist."

Dieser Paragraph enthält eine Klage, die sich auf die Verletzung des Eigentums stützt. Da die Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes ausgeschlossen sind, kommt die reine Eigentumsklage, die rei vindicatio, nicht in Betracht. Es bleibt nur der Anspruch wegen Eigentumsstörung, die actio negatoria, übrig, heute Eigentumsfreiheitsklage genannt. Diese findet bei jeder unerlaubten Störung des Eigentums Anwendung, also auch bei einer Störung durch eine Immission.

Wir wollen einen kurzen Blick auf das römische Recht tun und betrachten, welchen Schutz dieses Rechtssystem, das ja bis vor wenigen Jahren in Kraft war, den Immissionen gegenüber gewährte. Es gab dort zwei Ansprüche: die actio negatoria und die cautio damni infecti, welche letztere im nächsten Abschnitt zu besprechen ist. Die erstere fand Anwendung, wenn eine Immission schon erfolgt war, und hatte dann dasselbe Ziel wie die heutige Eigentumsfreiheitsklage, indem sie auf Beseitigung der Beeinträchtigung ging, und wenn weitere Störungen zu befürchten waren, auf Unterlassung derselben. Im einzelnen waren freilich Unterschiede vorhanden. Die actio negatoria ging in erster Linie

auf die Feststellung, daß der Beklagte das Recht zu immittieren nicht habe, und dies zeigt die Klageformel: si parret. jus non esse,[50]) während die Eigentumsfreiheitsklage diese Feststellung ohne weiteres nicht enthält; legt der Geschädigte Wert darauf, daß dieses zugleich mitentschieden wird, so wird er, was in der Praxis fast immer der Fall ist, die Feststellungsklage mit der Eigentumsfreiheitsklage verbinden. Ebenso war auch der Anspruch wegen künftiger Störungen, die nach den bereits eingetretenen noch zu erwarten waren, ein anders gefaßter: Während heute die Klage und demgemäß die Verurteilung nur allgemein auf Unterlassung künftiger Störungen geht und es dann Sache der Zwangsvollstreckung ist, zu entscheiden, wie dieser Erfolg herbeigeführt werden kann, ging die actio negatoria für die Zukunft insofern gleich einen Schritt weiter, als sie die Stellung einer Kaution [51]) für die Unterlassung weiterer Störungen ermöglichte. Diese Kaution verfiel dann, wenn der Immittent weitere Beeinträchtigungen vornahm. Die Frage, ob mit der bloßen actio negatoria ein Schadensersatz gefordert werden konnte, war sehr bestritten und fand sowohl in der Praxis wie auch in der Wissenschaft sehr verschiedene Beurteilung; [52]) das Reichsgericht, das zuerst geschwankt hatte, entschied sich dann so, daß mit dieser Klage allein Schadensersatz nicht gefordert werden konnte.[53]) Dernburg[54]) sagt, daß bei der actio negatoria der redliche Störer für die Zeit vor der Klageerhebung keinen Schadensersatz zu leisten, der unredliche aber auch für diese Zeit den Kläger schadlos zu halten habe. Dieses ist zwar richtig, hat aber im letzteren Falle seinen Grund darin, daß dann nicht mehr die actio negatoria Anwendung findet, sondern sobald der Störer nicht im guten Glauben ist, ist ihm die Störung als Verschulden zuzurechnen, das ihn wie jedes andere Verschulden ersatzpflichtig macht.

Der Anspruch aus § 1004 ist ein rein dinglicher, der nur aus der bloßen Tatsache, daß das Eigentum gestört ist, entsteht, denn das Recht des Eigentümers zum beliebigen Gebrauch seines Eigentums ist dadurch beschränkt, daß der Gebrauch, den er davon macht, kein solcher sein darf, wodurch ein anderer in seinem ihm ebensowohl zustehenden freien Gebrauch seines Eigentums gehindert oder gekränkt wird.[55]) Dies ist um deswillen festzuhalten, als danach die Frage des eventuellen Schadensersatzes und der Modifikation des Anspruches bei Unmöglichkeit eine besondere Beurteilung zu finden hat. Daraus, daß die Klage aus § 1004 nach dem Wortlaut des Gesetzes keine andere Voraussetzung als die bloße Eigentumsverletzung hat, folgt, daß es nicht darauf ankommt, ob diese

---

[50]) Von dieser negativen Fassung der Formel stammt der Ausdruck „actio negatoria".

[51]) vgl. D. 8, 5, 12.

[52]) Gruchot Bd. 32 S. 183; Westrum und die andern gemeinrechtlichen Schriftsteller.

[53]) RGE. Bd. 6 S. 217 f.

[54]) Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 250.

[55]) Striethorst Bd. 53 S. 193.

von dem Immittenten gewollt war oder nicht, ob sie durch eine berechtigte oder nichtberechtigte Benutzung des Eigentums entstanden ist, ob sie infolge des Gewerbebetriebes oder anderer Vorrichtungen erfolgt, ob sie von einem Nachbar oder einem Dritten ausgeht, ob sie als voraussehbar verschuldet ist oder nicht, ob der Störer in gutem oder bösem Glauben gehandelt hat, und ob ein Schaden entstanden ist, oder erst droht, wenn nur eine Eigentumsstörung vorliegt.[56]) Daher ist es nicht richtig, wenn das Reichsgericht an einer Stelle[57]) sagt:

„Ob es richtig ist, daß mit der actio negatoria nur dann Schadensersatz gefordert werden kann, wenn der widerrechtliche Eingriff in das Eigentum auf einem Verschulden beruht, kann unerörtert bleiben, da die negatorische Klage eine Handlung voraussetzt, bei der sich der Handelnde des Eingriffes in fremdes Eigentum bewußt werden kann und muß."

Gerade das ist der Unterschied zwischen den Klagen aus §§ 1004 und 823, daß die erstere kein Verschulden begrifflich erfordert, während dies bei der letzteren unbedingt erforderlich ist. Dies hat auch das Reichsgericht vielfach anerkannt, indem es an anderen Stellen[58]) sagt:

„Es muß anerkannt werden, daß in fremdes Eigentum eingegriffen werden kann, ohne daß der Handelnde damit ein ihm zustehendes Recht in Anspruch nimmt"

und ferner[59]):

„Die actio negatoria wird nach der herrschenden Theorie und Praxis auch auf Ersatz des vor der Anstellung entstandenen Schadens gegeben, dies aber nur dann, wenn zu dem objektiven Eingriff ein besonderer, die Schadensersatzpflicht begründender Umstand hinzukommt, sei es Verschulden des Beklagten oder ein anderer Grund."

Hiermit spricht sich das Reichsgericht selbst gegen die vorher angeführte Entscheidung aus, denn wenn das Verschulden erst als besonderer Umstand zu der actio negatoria hinzutreten muß, so folgt daraus, daß es an und für sich nicht in ihr enthalten ist.

Wer aktiv zur Erhebung der Klage berechtigt ist, haben wir früher gesehen; passiv berechtigt, also der, gegen den sich diese Klage richtet, ist jeder Störer, d. h. der, mit dessen Willen die Immissionen stattfinden oder in dessen Macht es stände, sie abzustellen oder einzuschränken, ohne Rücksicht darauf, ob es der Eigentümer ist oder nicht.[60]) Die Störung kann ferner auch in einem Dulden von Immissionen bestehen, nämlich dann, wenn der Beklagte die Pflicht hatte, sie abzustellen;[61]) eine besondere Tätigkeit, die die Störungen hervorruft, ist nicht verlangt. Immer

[56]) Scherer Bd. 2 S. 1268; RGE. Bd. 11 S. 341, Bd. 40 S. 182.
[57]) RGE. Bd. 10 S. 141.
[58]) RGE. Gruchot Bd. 44 S. 1094.
[59]) RGE. Bd. 30 S. 114, Bd. 18 S. 28, Bd. 51 S. 408.
[60]) Neumann Bd. 1 S. 468.
[61]) Dernburg Bd. 3 S. 388; RGE. Bd. 15 S. 344.

aber setzt der Anspruch aus § 1004 voraus, daß eine Störung schon stattgefunden hat.

Nach der Fassung der Eigentumsfreiheitsklage sind die beiden möglichen Ansprüche scharf getrennt zu halten: der auf die Beseitigung der Beeinträchtigung und der auf Unterlassung. Beide Ansprüche unterscheiden sich begrifflich voneinander. Beseitigt kann nur etwas werden, was bereits eingetreten und auch später, wenn die Beseitigung verlangt wird, noch vorhanden ist; unterlassen kann nur das werden, was noch nicht geschehen ist. Auch die Unterlassung einer bereits vorhandenen Beeinträchtigung, die aber für die Zukunft fortdauert, ist nicht denkbar, z. B. eines in den Luftraum des andern hineingebauten Balkons, denn man kann hier nicht sagen, daß die Eigentumsstörung in jedem Augenblick durch den Balkon von neuem geschieht,[62]) sondern die Störung ist damals eingetreten, als der Balkon gebaut wurde. Ebenso wie die Beseitigung einer noch nicht vorhandenen Störung unmöglich ist, ist also auch die Unterlassung einer bereits bestehenden Störung undenkbar. Daraus folgt, daß der Anspruch auf Unterlassung sich nur auf die Störungen in der Zukunft beziehen kann, während der Anspruch auf Beseitigung nur bei einer in der Vergangenheit eingetretenen möglich ist, die aber zur Zeit der Erhebung des Anspruches, also in der Gegenwart noch fortdauert. Weiterhin muß man zwischen der Störung selbst und dem Moment, das diese Störung hervorbringt, unterscheiden, also zwischen Ursache und Wirkung. Beide können natürlich zusammenfallen wie in dem eben erwähnten Beispiel mit dem übergebauten Balkon. Dieser ist einmal die Ursache der Störung und dann auch die Störung selbst, d. h. die Immission, die er hervorruft, hat einzig und allein ihre Ursache in der Anlage des Balkons selbst. Anders ist es, wenn die Immissionen erst durch eine andere Anlage hervorgebracht werden. Hier sind Ursache und Wirkung getrennt, denn die Anlage als solche stellt sich nicht als Beeinträchtigung dar, sondern erst durch die Benutzung der Anlage entstehen die Immissionen, und der Nachbar hat keinen Anspruch, wenn der andere seine Anlage nicht in Gebrauch nimmt.

Wenn die Anlage selbst das Beeinträchtigende ist, dann liegt stets eine direkte Immission vor, denn es konnte nach der früher angegebenen Definition die störende Wirkung nur auf dem im voraus zu bestimmenden anderen Gebiet eintreten, und dies war bei der Schaffung der Anlage vorauszusehen. Ist die Anlage nicht selbst die Störung, dann richten sich die Ansprüche des § 1004 in erster Linie nur gegen ihre Wirkungen, die hervorgerufenen Immissionen. Der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung ist als eine Wiederherstellung des früheren Zustandes aufzufassen.[63]) Diese Wiederherstellung muß aber natürlich eine Störung betreffen, deren Beseitigung noch in Frage kommen kann.[64])

---

[62]) Ähnlich Protokolle Bd. 3 S. 378.
[63]) Biermann S. 208; Motive Bd. 2 S. 763; RGE. Bd. 51 S. 408.
[64]) Dernburg S. 388.

Wenn diese Störung in der Anlage selbst besteht, entstehen keine Schwierigkeiten, denn dann ist die Anlage zu beseitigen.[65]) Anders ist es, wenn nicht die Anlage als solche, sondern erst ihre Benutzung die Immission hervorbringt. Hier muß eine Beseitigung noch möglich sein, sonst ist der Anspruch hinfällig. Es ist hier freilich auch möglich, daß die Störung zu beseitigen ist, z. B. wenn aus dem Schornstein der immittierenden Fabrik Schlacken auf das Gebiet des Nachbarn geflogen sind. Eine derartige zu beseitigende Beeinträchtigung wird aber bei den indirekten Immissionen selten vorkommen, und ein Blick auf § 906 zeigt, daß Immissionen hierbei hauptsächlich in Betracht kommen werden, bei denen eine nachträgliche Beseitigung nicht mehr möglich ist. Wenn wir die dort erwähnten Beispiele der Immissionen, die nicht mit Unrecht Imponderabilien genannt sind, ansehen, so finden wir, daß bei einem jeden von ihnen der Beseitigungsanspruch versagen wird, denn alle die dort aufgeführten Immissionen sind entweder wie Gase und Dämpfe bald ganz verweht oder doch wie der Ruß im einzelnen so geringfügig, daß eine Beseitigung fast immer tatsächlich unmöglich ist.

Weiterhin ist zwischen der Immission selbst und ihrer Folge, dem durch sie angerichteten Schaden, zu unterscheiden. Denken wir an den Fall, daß dem Schornstein einer chemischen Fabrik giftige Gase entströmen, die auf einem anderen Grundstück, auf dem eine Handelsgärtnerei betrieben wird, die dort gezogenen Blumen- und Gemüsearten verderben und am Wachsen verhindern. Hier besteht die Beeinträchtigung an und für sich nur in der Immission der schädlichen Gase, und das Verderben der Pflanzen ist nur die Folge dieser Immission. Die spätere Beseitigung der Gase, die sich bald nach Anrichtung des Schadens verflüchtigen, ist nicht mehr denkbar und möglich. Es fragt sich nun, ob man den Wiederherstellungsanspruch so auffassen kann, daß man dem Geschädigten das Recht gibt, statt der Beseitigung der Gase die Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Anpflanzen neuer Blumen- und Gemüsearten zu verlangen,[66]) oder ob man den Anspruch wegen Unmöglichkeit der Ausführung abweisen muß.

Zur Beurteilung dieser Frage müssen wir den Beseitigungsanspruch des § 1004 näher betrachten. § 1004 geht mit § 862 parallel: dieselben Ansprüche, die dort dem Besitzer gegeben werden, werden hier dem Eigentümer zugebilligt. Daraus sowohl wie auch aus dem Wort „Störer" im § 1004 geht hervor, daß unter der Beeinträchtigung eine Störung des Eigentums zu verstehen ist. Diese Störung, die sowohl eine schädliche als auch eine unschädliche sein kann, beeinträchtigt den Eigentümer, d. h. sie hindert ihn in der beliebigen Benutzung seines Eigentums. Es bezieht sich also die Beeinträchtigung des § 1004 auf die Ausübung der im Begriff des Eigentums liegenden Möglichkeit, mit der Sache nach Belieben zu verfahren. Daß diese Definition die richtige ist, zeigt ein Blick auf

---

[65]) Leske S. 394; Seuffert Bd. 34 Nr. 182, Bd. 53 Nr. 8.
[66]) vgl. Linckelmann, Zwei Fragen S. 241 Anm. 5.

§ 906. Auch dort sind die Immissionen in Verbindung gebracht mit der Beeinträchtigung in der Benutzung des Eigentums. Wenn wir nun diese Definition auf unsern Fall anwenden, so müssen wir sagen, daß die Beeinträchtigung nicht in dem bloßen Überströmen der Gase auf das andere Grundstück besteht, sondern in der Wirkung, die dort hervorgerufen wird, nämlich dem Verderben der Anpflanzungen. Wenn die Gase keinen Schaden anrichten und vielleicht nur durch genaue Untersuchungen festzustellen sein würden, könnte man sicher nicht von einer Beeinträchtigung des Eigentums reden. Jetzt können wir die Frage entscheiden, was überhaupt beseitigt werden soll, und wir finden, wenn wir das Resultat, daß die Wirkung der Immission das Beeinträchtigende ist, zugrunde legen, daß diese Wirkung, das Verderben der Anpflanzungen, beseitigt werden muß. Damit ist freilich nicht gesagt, daß in jedem Fall neue Pflanzen eingesetzt werden müssen. Dies hängt vielmehr von der Lage des einzelnen Falles ab. Wenn der Anspruch z. B. am Ende des Jahres erhoben wird und die Pflanzen nicht verdorben sondern nur bisher durch die Gase an ihrem Ertrage gehindert sind, und sie beim Aufhören der Gase sofort wieder Ertrag bringen würden, dann liegt natürlich kein Grund vor, das Einsetzen neuer Pflanzen zu verlangen. Hier würde ein Beseitigungsanspruch hinfällig sein, da zur Zeit der Klageerhebung nichts zu beseitigen ist. Wenn aber die Pflanzen durch die giftigen Gase so verdorben werden, daß sie auch späterhin trotz Aufhörens der Gasimmissionen nicht mehr ertragsfähig wären, dann könnte die Anpflanzung neuer gefordert werden, da die Beeinträchtigung zur Zeit der Klageerhebung noch vorhanden ist. Noch deutlicher wird dies, wenn wir uns Rußimmissionen auf die in der benachbarten Bleiche liegenden Wäschestücke denken. Auch hier liegt die Beeinträchtigung nicht in der Rußimmission selbst, sondern in dem Beschmutzen der Wäsche; sowie hier also eine Beseitigung in Frage kommt, bezieht sie sich darauf, daß von der Wäsche der Ruß zu entfernen ist, was durch Neuwaschen geschehen muß. Es kommt daher stets darauf an, ob zur Zeit, wo die Beseitigung verlangt wird, sie überhaupt möglich ist. Ist sie aus irgend welchem Grunde nicht mehr möglich, sei es, weil sie keine dauernde war, sei es, daß der andere sie schon selbst vorgenommen hat, dann versagt der Anspruch auf Beseitigung und es bleibt nur der auf Unterlassung übrig.

Eine Beseitigung der Immissionen während des Prozesses schließt eine Verurteilung nicht schlechterdings aus.[67]) Allerdings versagt dann der Beseitigungsanspruch, da nichts mehr zu beseitigen ist, aber es bleibt der Unterlassungsanspruch bestehen, wenn Gefahr für die Wiederholung der Immissionen vorliegt. Diese Gefahr wird immer als vorhanden angenommen werden müssen, wenn die Anlage weiter besteht.[68]) Der Kläger muß dann das Urteil auf künftige Unterlassung bekommen, damit er auch für die spätere Zeit gesichert ist. Ist der Eingriff bei Erhebung,

[67]) Biermann S. 208 und Nachweise daselbst.
[68]) RGE. Bd. 36 S. 178.

der Klage schon beseitigt und kann man nach den Umständen des Falles mit Sicherheit annehmen, daß eine Wiederholung ausgeschlossen ist, so ist auch der Unterlassungsanspruch zu versagen; dauert der Eingriff zwar noch fort, aber eine Fortsetzung ist nicht zu erwarten, so ist nur der Unterlassungsanspruch zu versagen.[69])

Zuweit geht aber die Ansicht,[70]) daß der Wiederherstellungsanspruch zwar kein Schadensersatzanspruch sei, aber doch als solcher funktioniere. Dies ist nur teilweise zutreffend, nämlich wenn eine Beseitigung noch möglich ist, dann aber geht der Beseitigungsanspruch in gewisser Weise auch weiter als der Schadensersatzanspruch. Der letztere geht zwar nach § 249 BGB. grundsätzlich in erster Linie auf Naturalrestitution; es greifen aber so viele Vorschriften ein, nach denen an Stelle der Naturalrestitution Entschädigung in Geld tritt oder treten kann, daß der Anspruch auf Herstellung des früheren Zustandes fast zur Ausnahme wird. Können nun diese Vorschriften über die Abänderung der Schadensersatzleistung auch bei der Eigentumsfreiheitsklage Anwendung finden, vor allem die beiden Vorschriften des § 251 BGB.? Dieser lautet:

> „Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.
>
> Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist."

Diese Normen des zweiten Buchs des Bürgerlichen Gesetzbuchs sollen an und für sich auch auf die Ansprüche Anwendung finden, die nur auf einem dinglichen Recht beruhen.[71]) Bei der Eigentumsfreiheitsklage ist ihre Anwendung aber nicht möglich.[72]) Diese Klage muß von der Schadensersatzklage aus Kontrakt oder Delikt ganz getrennt werden, denn das Fundament beider Ansprüche ist ein ganz anderes. Die Schadensersatzpflicht setzt nach geltendem Recht meist ein Verschulden voraus und kann dann nur auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit gestützt werden, während die Eigentumsfreiheitsklage in keiner Weise ein Verschulden erfordert und sich nur auf die Tatsache der Verletzung des Eigentums gründet. Andererseits ist aber auch das Ziel beider Klagen ein ganz anderes. Während die Schadensersatzklage, wie schon ihr Name besagt, auf Ersatz des angerichteten Schadens geht, dient die Eigentumsfreiheitsklage gar nicht dem Zweck der Schadensersatzleistung,[73]) sondern es soll nur der dem Inhalt des freien Eigentums entsprechende Zustand wiederhergestellt werden. Aus alledem geht hervor, daß die Grundsätze der Schadensersatzklage nicht auf die Eigentumsfreiheitsklage Anwendung finden können,

---

[69]) RGE. bei Gruchot Bd. 44 S. 866.
[70]) Linckelmann a. a. O. S. 241.
[71]) Motive Bd. 2 S. 4.
[72]) So die herrschende Lehre: Biermann S. 208; Dernburg S. 388; RGE. Bd. 51 S. 408; Sörgel 1903 S. 140; Mugdan Bd. 4 S. 313.
[73]) Motive Bd. 3 S. 425; Hörle S. 390.

und daß vor allem der § 251 BGB. bei dieser Klage nicht herangezogen werden kann. Der Störer muß also in jedem Falle die Beeinträchtigung, wenn ihre Beseitigung möglich ist, auch beseitigen. Er kann sich nicht darauf berufen, daß die Kosten dafür unverhältnismäßig hoch sind. Würde man hier eine Ersatzpflicht in Geld zulassen, dann käme man mittelbar zu einer Enteignung des Grundbesitzes,[74]) denn der Immittent könnte andere Leute derart beeinträchtigen, daß sie es nicht mehr aushielten und ihm das Grundstück, wenn ihn die Beseitigung zuviel kosten würde, verkaufen müßten. Aus der Unmöglichkeit, die Schadensersatznormen bei der Eigentumsfreiheitsklage anzuwenden, folgt aber auch, daß der Geschädigte, wenn eine Beseitigung unmöglich ist, keinen Anspruch auf Geldersatz hat. Der Anspruch ist dann undurchführbar und muß, da ein Urteil auf eine objektiv unmögliche Leistung nicht erlassen werden kann,[75]) abgewiesen werden, ohne daß der Geschädigte eine Umwandlung in Geld verlangen kann. Hieraus folgt, daß die Ansicht, daß der Beseitigungsanspruch wie ein Schadensanspruch funktioniere, nicht zutreffend ist, und daß die Eigentumsfreiheitsklage den Betroffenen teils besser als die Schadensersatzklage stellt, indem der Immittent die Naturalrestitution nicht durch Geld ersetzen kann, teils ihn aber auch schlechter stellt als jene, indem er bei Unmöglichkeit der Beseitigung keinen Geldersatz verlangen kann. Wird eine Verpflichtung zum Schadensersatz behauptet, so ist der Anspruch mit der besonderen Klage aus § 823 BGB. geltend zu machen, in welchem Falle beide Klagen zweckmäßig miteinander verbunden werden.

Der zweite Anspruch aus § 1004 auf Unterlassung künftiger Störungen ist stets dann gegeben, wenn die Gefahr vorliegt, daß der Immittent weitere Beeinträchtigungen vornehmen wird, was besonders dann der Fall sein wird, wenn der Immittent sich im Recht glaubt und ein Recht zu seinen Immissionen behauptet oder aber sich in entschuldbarem Irrtum über sein Recht befindet.[76]) Hieraus folgt, daß es gegen eine einmalige Immission, die ihrer Natur nach eine Wiederholung nicht erwarten läßt, und bei der man annehmen kann, daß es sich nur um einen vorübergehenden Eingriff handelt, der sich gar nicht gegen das Eigentum als solches richten soll, der Unterlassungsanspruch nicht gegeben werden kann.[77]) Nicht richtig ist es aber, daß sie, wie Hörle[78]) sagt, keiner Beseitigung bedürfen. Wenn die Störung noch zu beseitigen ist,

---

[74]) RGE. Bd. 51 S. 408; Mugdan Bd. 4 S. 313.

[75]) Planck Bd. 2 S. 47: „Nach §§ 306 und 2171 BGB. ist ein Vertrag auf eine unmögliche Leistung nichtig. Eine entsprechende Vorschrift auf Leistungen, zu denen der Schuldner auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift — also auch eines Urteils — verpflichtet ist, hat das BGB. nicht aufgenommen, weil vorausgesetzt werden muß, daß das Gesetz niemals eine unmögliche Leistung vorschreiben wird." Ähnlich Endemann Bd. 1 S. 551 f.: „Unmögliches zu erfüllen ist niemand verpflichtet."

[76]) Hörle S. 389.

[77]) RGE. bei Gruchot Bd. 44 S. 866.

[78]) S. 389.

kann sie auch hier verlangt werden. Es steht nichts im Wege, von einem, der z. B. Steine auf fremdes Gebiet immittiert hat, die Beseitigung dieser zu fordern, trotzdem er nur versehentlich so gehandelt hat und alle Garantien bietet, daß eine solche Störung sich nicht mehr wiederholen wird. Ist aber auch die Beseitigung nicht mehr möglich, dann versagen beide Ansprüche des § 1004. Eine andere Frage ist es, ob der Täter nicht nach § 823 BGB. haftet.

Bestritten ist die Bedeutung des § 1004 Abs. 2:

„Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist."

Wie Biermann[79]) richtig bemerkt, haben wir es hier mit einer Einwendung, einem ipso iure wirkenden Verteidigungsgrunde, und nicht mit einer Einrede im engeren Sinne zu tun. Planck,[80]) der die letztere Ansicht vertritt, stützt sich auf die Materialien; der klare Wortlaut des Gesetzes: „ist ausgeschlossen" spricht aber dafür, daß wir es mit einer richtigen Einwendung zu tun haben, und daraus ergibt sich, daß, wenn die Ausschließungsgründe des § 906 aus dem Vorbringen des Klägers selbst hervorgehen, der Richter die Klage abweisen muß, ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte die Einwendung vorgebracht hat oder nicht.

Der Klageantrag braucht nicht die zur Beseitigung oder Unterlassung notwendigen Einrichtungen oder Vorkehrungen zu bezeichnen. Es genügt der ganz allgemeine Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung der Immissionen, soweit sie das nach § 906 zu duldende Maß überschreiten.[81]) Weiter darf der Anspruch gar nicht gehen,[82]) was auch der Billigkeit entspricht. Denn einmal ist es dem Kläger, besonders wenn er kein Fachmann ist, nicht zuzumuten, die betreffenden Einrichtungen ausfindig zu machen und zu bezeichnen, sondern es ist Sache des Beklagten, zu überlegen, wie er dem Urteil gerecht werden kann. Und andererseits muß man dem Immittenten die Wahl der Mittel lassen und darf ihm nicht Einrichtungen, die vielleicht viel schwieriger und kostspieliger sind als die, welche er selbst herstellen würde, vorschreiben. Daher würde ein Klageanspruch und ein Urteil, das die Untersagung der Benutzung der immittierenden Anlage ausspricht,[83]) zu weit gehen. Schließlich ist es für den Betroffenen auch ohne Interesse, welche der Mittel der Immittent anwendet, wenn nur seinem Anspruch Genüge geleistet wird. Das Urteil kann daher zulässigerweise auch nur so ergehen, daß der Beklagte ganz allgemein zur Beseitigung — falls diese noch möglich ist — und zur Unterlassung der übermäßigen Immissionen verurteilt wird. Außerdem kann, da das Maß der Immissionen, das ertragen werden muß, überall

---

[79]) S. 209.
[80]) Bd. 3 S. 278.
[81]) Förster-Turnau S. 303; Dernburg S. 244; Biermann S. 208; Scherer, Sachenrecht S. 166.
[82]) RGE. Bd. 37 S. 172, Bd. 47 S. 98; Gruchot Bd. 44 S. 1094.
[83]) Seuffert Bd. 34 Nr. 182, Bd. 53 Nr. 8.

ein anderes ist, eine feste Begrenzung in der Urteilsformel nicht gegeben werden. Es wird stets in den in der Zukunft eintretenden Fällen in der Zwangsvollstreckung zu prüfen sein, ob diese Belästigung als eine übermäßige im Sinne des Urteils anzusehen ist.[84]) Ferner hat der Kläger als Eigentümer seines Grundstückes nur ein Recht darauf, daß der Beklagte die unerträglichen Einwirkungen auf dieses unterläßt; weiter reicht die negatorische Klage überhaupt nicht.[85]) Wie der Immittent diese Unterlassung bewirkt, kann dem Kläger übrigens auch ganz gleich sein.

Die Ausführung des Urteils ist dann in der Zwangsvollstreckung nach §§ 887—893 ZPO. vorzunehmen, wobei zu beachten ist, daß § 890 nur dann Anwendung finden kann, wenn der Immittent keinerlei Tätigkeit zu entwickeln hat;[86]) sowie es sich aber darum handelt, einen bestehenden Zustand zu beseitigen oder ihn zu einem dem Eigentum des Klägers unschädlichen zu machen, stellt sich die Verbindlichkeit des Eigentumsstörers nicht als eine Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, sondern als eine Verpflichtung zum positiven Handeln dar. Aus dem Begriff der negatorischen Klage folgt also nicht von selbst die Anwendung des § 890, es kommt vielmehr auf die Natur der Eigentumsstörung und der zur Beseitigung derselben in dem verurteilenden Erkenntnis festgesetzten Verbindlichkeit an.[87]) Die Beseitigung der vorhandenen Beeinträchtigung, die naturgemäß stets eine vertretbare Handlung ist, kann durch den Geschädigten selbst oder eines andern auf Kosten des Schuldners vorgenommen werden, und die Unterlassung weiterer Immissionen wird nötigenfalls durch gewaltsame Schließung oder Beseitigung der Anlage herbeigeführt. In dem letzteren Falle kann der Geschädigte die gerichtlichen Zwangs- und Strafmaßregeln zu Hilfe nehmen oder auch nach § 893 ZPO. und § 283 BGB. sein Interesse fordern.

§ 6.

Der Schutz gegen drohende Immissionen.

Die im vorigen Abschnitt angegebenen Ansprüche setzten voraus, daß eine Immission bereits stattgefunden hat. Es ist nun auch möglich, daß eine Beeinträchtigung noch nicht erfolgt ist, daß sie aber mit Sicherheit zu erwarten ist. Wie bereits früher erwähnt, liegt es im Interesse beider Parteien, hier bald eine klare Rechtslage zu schaffen; der Bedrohte hat ein Interesse daran, nicht zu warten, bis er wirklich Schaden erlitten hat, sondern schon vorher hiergegen einzuschreiten, denn sein Grundstück erleidet in der Zwischenzeit doch schon eine erhebliche Wertminderung, die

[84]) RGE. Bd. 40 S. 183.
[85]) RGE. Bd. 37 S. 172.
[86]) Gaupp-Stein Bd. 2 S. 697 und 704; Wilmowsky-Levy Bd. 2 S. 1049.
[87]) RGE. Bd. 15 S. 343.

sich bei einem Verkauf vielleicht recht fühlbar machen könnte. Um diese Unzuträglichkeiten zu beseitigen, hatte man im römischen Recht ein ganz eigenartiges Institut, die cautio damni infecti.[88]) Da die Römer keinen Anspruch auf Ersatz wegen der künftigen Störungen hatten, konnte der, der durch die Anlagen auf dem Nachbargrundstück bedroht wurde, von dem, der diese Anlagen herstellte oder unterhielt, eine Sicherheitsbestellung für den in der Zukunft eintretenden Schaden fordern.

Diese Kaution zu stellen war der Beklagte nicht verpflichtet; wenn er es aber nicht tat und der andere die Gefahr durch einen Eid glaubhaft gemacht hatte, dann verlor er zuerst den Besitz seines Grundstückes, indem der Bedrohte in den Besitz eingewiesen wurde, um dort die nötigen Änderungen oder Anlagen selbst vornehmen zu können. Wenn der Kautionspflichtige auch dann nicht die verlangte Kaution leistete — der andere hatte für seine Reparaturkosten ein Pfandrecht an dem Grundstücke —, dann verlor er auch noch das Eigentum. Die Zeit, für die die Kaution gelten sollte, wurde von dem Richter festgesetzt. Diese Klage auf die cautio damni infecti war jedoch nach Dig. 39, 2, 18, 2 nur dann zulässig,[89]) wenn der zu sichernde Ersatz des künftigen Schadens mit einer anderen Klage nicht erreicht werden konnte, wobei die Zeit des Eintrittes des Schadens, nicht die Zeit, wo die Kaution verlangt wurde, maßgebend war.[90]) Dieses Rechtsinstitut ist während der letzten Zeit der Geltung des gemeinen Rechts ziemlich aus der Übung gekommen, und man gestattete auch die Anwendung der actio negatoria bei nur drohendem Schaden.

Das BGB. bestimmt im § 907:

> „Der Eigentümer eines Grundstückes kann verlangen, daß auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt."

Nach dieser Bestimmung kann also der Eigentümer des bedrohten Grundstückes sich gegen den Bau und das Bestehen der Anlage wehren, wenn der spätere Eintritt der Immission unvermeidlich ist.

Die Sachlage kompliziert sich aber, wenn die betreffende Anlage die Konzession der zuständigen Behörde erfordert, vor allem, wenn es sich um genehmigungspflichtige Anlagen des § 16 GO. handelt. Hier greifen die Vorschriften der §§ 17 u. 19 GO. ein. § 17 gibt die näheren Angaben über das der Konzession voraufgehende Verfahren, insbesondere die zur Erhebung von Einwendungen zu setzende Frist, und fährt dann fort:

---

[88]) Dig.: De. damno infecto 39, 2.
[89]) Burckhard S. 256.
[90]) RGE. Bd. 30 S. 114.

„Die Frist ... ist für alle Einwendungen, welche nicht auf privatrechtlichen Titeln beruhen, präklusivisch."

§ 19 sagt:

„Einwendungen, welche auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen, sind zur richterlichen Entscheidung zu verweisen, ohne daß von der Erledigung derselben die Genehmigung der Anlage abhängig gemacht wird.

Andere Einwendungen dagegen sind mit den Parteien vollständig zu erörtern. Nach Abschluß dieser Erörterung erfolgt die Prüfung und Entscheidung ..."

Auffallend ist hier vor allem, daß § 17 von privatrechtlichen Titeln schlechthin spricht, während § 19 besondere privatrechtliche Titel erwähnt, und es ist das Verhältnis beider zueinander bestritten, sowie auch die Bedeutung der Präklusion des § 17 und der dort erwähnten privatrechtlichen Titel.[91]) Die richtige Ansicht dürfte wohl die folgende sein.[92])

Wie aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hervorgeht, ist mit den privatrechtlichen und den besondern privatrechtlichen Titeln genau dasselbe gemeint. Der Schluß des § 17 sprach auch nur von den besondern privatrechtlichen Titeln, und das Wort „besondere" wurde hier nur gestrichen, um Mißverständnissen in anderer Beziehung vorzubeugen, während es im § 19 stehen blieb. Zu den nicht privatrechtlichen Titeln des § 17 gehören auch die auf dem Nachbarrecht beruhenden Beschränkungen des freien Eigentums; den Gegensatz zu diesen bilden die privatrechtlichen, oder wie § 19 sie nennt, die besondern privatrechtlichen Titel. Mit den letzteren sind alle übrigen Einwendungen, die sich auf das bürgerliche Recht stützen, gemeint, mit Ausnahme der sogen. nachbarlichen Beschränkungen. Fälle von besondern privatrechtlichen Titeln liegen z. B. vor, wenn der Einwendende eine Servitut hat, daß auf dem Grundstück eine Anlage wie die geplante nicht errichtet werden darf, oder wenn der, der die Genehmigung nachsucht, sich dem andern gegenüber zu der Nichterrichtung kontraktlich verpflichtet hat, oder wenn der Grund und Boden, auf dem die Anlage errichtet werden soll, im Eigentum des andern sich befindet. Derartige Einwendungen werden durch § 17 nicht präkludiert und brauchen im Genehmigungsverfahren auch nicht angebracht zu werden. Werden sie doch geltend gemacht, so sind sie nach § 19 mit den Parteien gar nicht zu erörtern, sondern derjenige, welcher einen solchen Anspruch erhebt, wird auf die richterliche Entscheidung verwiesen. Alle andern Einwendungen dagegen sind mit den Parteien vollständig zu erörtern und werden durch den Ablauf der vierzehntägigen Frist präkludiert. Die Wirkung dieser Präklusion ist, daß, wenn die Anlage behördlich genehmigt ist, diese Einwendungen der Errichtung der Anlage weder im Verwaltungsstreitverfahren noch im Zivilrechtswege nach § 907 BGB. entgegengesetzt werden können. Die besondern privatrechtlichen Einwendungen können dagegen jederzeit

---

[91]) vgl. Gallencamp im Sächs. Archiv.

[92]) Landmann Bd. 1 S. 150f. und Nachweise dort; RGE. Bd. 13 S. 52.

die Schließung, Nichterrichtung oder Beseitigung auch der konzessionierten Anlage herbeiführen, da hier die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend unter Vorbehalt des Rechtsweges erfolgt. Sind die nachbarrechtlichen Einwendungen entweder präkludiert oder im Genehmigungsverfahren nicht berücksichtigt oder vielleicht aus Unkenntnis nicht vorgebracht worden, dann hat der Betroffene immer noch seine Eigentumsfreiheitsklage, bloß daß diese nach § 26 GO. nicht mehr die Einstellung des Betriebes der genehmigten Anlage herbeiführen kann.[93]) Man kann nicht sagen, daß die nachbarrechtlichen Ansprüche den Beteiligten durch die Präklusion verloren gehen,[94]) oder daß durch diejenigen Bestimmungen der Gewerbeordnung, welche den Schutz der nachbarlichen Ansprüche bewirken sollen, nämlich den § 17, die entsprechenden Vorschriften des Privatrechts, die das gleiche Ziel haben, so beseitigt sind, daß hinsichtlich derselben die Betretung des Rechtsweges ausgeschlossen ist.[95]) Einerseits kann die obrigkeitliche Genehmigung der Anlage nicht die Ansprüche abschneiden, die zur Zeit der Genehmigung noch gar nicht bestanden haben, d. h. über deren Möglichkeit und deren Eintritt man nichts wissen konnte. Dies ist besonders der Fall, wenn es sich um einen neuen Industriezweig handelt, dessen Wirkungen erst aus dem späteren Betrieb zu ersehen sind. Andererseits berechtigt die Konzession den Unternehmer nicht zu rechtswidrigen Eingriffen in die Eigentumssphäre anderer und enthebt ihn nicht der Pflicht, den Betrieb so einzurichten, daß er keine schädigenden Einwirkungen hervorruft.[96]) Es wäre also eine große Härte, denjenigen, welcher mit seinen Einwendungen im Verwaltungsverfahren nicht durchgedrungen oder der durch Ablauf der Frist ausgeschlossen ist, nun überhaupt schutzlos zu machen, indem man ihm alle weiteren Ansprüche entzieht, denn dies hat das Gesetz sicher nicht beabsichtigt. Wenn das Reichsgericht an anderer Stelle[97]) sagt, die nicht dem öffentlichen Recht entsprungenen Einreden würden von der Präklusion überhaupt nicht betroffen, so geht dies wieder nach der andern Seite hin zu weit, denn die nachbarrechtlichen Einwendungen werden insoweit doch getroffen, daß sie der Errichtung der Anlage nicht mehr entgegengesetzt werden können, aber der weitere Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigungen nach § 1004 bleibt, vorausgesetzt, daß die Anlage nicht selbst das Störende ist, ebenso bestehen wie der Anspruch aus § 26 GO. auf Herstellung der abhelfenden Einrichtungen oder auf Schadloshaltung. Gerade dieser § 26 zeigt auch, daß von einem vollständigen Verluste aller Ansprüche nach der Genehmigung der Anlage keine Rede sein kann, denn er läßt trotz der Genehmigung ein Klagerecht zu.

---

[93]) Hörle S. 374.
[94]) RGE. bei Landmann S. 152.
[95]) Seydel, Gewerbepolizeirecht ebendort.
[96]) Hörle a. a. O.
[97]) Bd. 13 S. 52.

§ 7.

Die Einschränkungen der Ansprüche durch § 906 BGB.

Wie schon früher erwähnt, mußte der Gesetzgeber, wenn er nicht durch Überspannung des Eigentumsbegriffes fast jede menschliche Tätigkeit unmöglich machen wollte, das unbegrenzte Verbietungsrecht jeden Eigentümers einschränken, und er hat deshalb den § 906 BGB. geschaffen, welcher lautet:

> „Der Eigentümer eines Grundstückes kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstückes nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt, oder durch eine Benutzung des anderen Grundstückes herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig."

Wir haben die einzelnen Bestimmungen der Vorschrift zum Teil schon vorher betrachtet; es bleibt hier noch die Untersuchung übrig, wie weit sich die so normierten Einschränkungen des absoluten Verbietungsrechts erstrecken, was für Immissionen der Betroffene also ertragen muß, ohne sie verbieten zu können. Nach dem Wortlaut des § 906 sind es zwei Arten von Immissionen, die, freilich unbeschadet des Rechtes des Betroffenen, sich durch Anlagen auf dem eigenen Grundstücke gegen sie abzuschließen, geduldet werden müssen. Die ersteren sind die Immissionen, welche die Benutzung des Grundstückes nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigen, die unerheblichen Immissionen, und die anderen sind die Beeinträchtigungen, welche durch eine Benutzung des anderen Grundstückes herbeigeführt werden, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Diese letztere nennt man meist mit einem kurzen Ausdruck die ortsüblichen Immissionen.

Während die unerheblichen Immissionen stets geduldet werden müssen, ohne Rücksicht darauf, ob sie ortsüblich sind oder nicht, denn eine nur unerhebliche Beeinträchtigung muß sich jeder im Interesse der Allgemeinheit gefallen lassen, müssen auch die erheblich schädigenden Immissionen ertragen werden, wenn sie ortsüblich sind, wenn also eine derartige Beeinträchtigung in dem betreffenden Orte gewöhnlich ist. Wie die Motive[98]) ausführen, ist es denkbar, daß ein neuer Industriezweig aufkommt, der Einwirkungen hervorbringt, die unerheblich sein können. Wäre die Kautel der Unerheblichkeit nicht mit in § 906 aufgenommen, so hätte der Eigentümer des leidenden Grundstückes ein Verbietungsrecht diesen gegenüber und könnte so jeden neuen Industriezweig tot machen, da hier der Immittent sich nicht auf Ortsüblichkeit berufen könnte. Es sind daher die beiden

[98]) Bd. 3 S. 267.

Begriffe „unerheblich“ und „ortsüblich“ getrennt zu halten und ganz unabhängig voneinander zu betrachten.

Was ist nun unter einer unerheblichen Beeinträchtigung zu verstehen? In der früheren gemeinrechtlichen Praxis ließ man vielfach das subjektive Moment der Unerträglichkeit entscheiden.[99]) Ein derartiger Maßstab führt aber leicht zu großen Härten und unhaltbaren Zuständen. Deshalb hat man diesen Standpunkt verlassen, und das Gesetz, in der Übereinstimmung mit der Wissenschaft und Praxis, verlangt ein objektives Kriterium.[100]) Man kann also bei einer Betrachtung, ob eine Einwirkung unerheblich ist oder nicht, unter keinen Umständen einen subjektiven Maßstab anlegen, da sonst, wie die Motive a. a. O. richtig ausführen, das Maß des Erlaubten von wechselnden persönlichen Verhältnissen abhängig gemacht würde. Würden die persönlichen Verhältnisse entscheiden, dann hätte man eine Rechtsunsicherheit schlimmster Art geschaffen. Denn gesetzt den Fall, die betreffenden Immissionen wären nicht ortsüblich, aber doch objektiv unerheblich, und es wäre bei und nach der Anlage kein Widerspruch erhoben, dann könnte doch der Eigentümer eines Grundstückes in der Nähe später zu jeder beliebigen Zeit die Immissionen verbieten, sei es, daß sich sein persönlicher Zustand geändert hat, sei es, daß er aus irgend einem Beweggrunde eine solche Änderung vorgibt. Er könnte auch sein Grundstück an jemand verkaufen, der nachweisbar schwer leidend ist — denken wir z. B. daran, daß er sich an dem Fabrikbesitzer rächen wollte, oder daß es sich um eine Erpressung handelt —, und dieser könnte dann an seiner Stelle das Verbietungsrecht ausüben. Deshalb soll allein der objektive Standpunkt maßgebend sein. Es ist ja nicht zu verkennen, daß diese Regelung zu großen Härten führen kann. Denken wir an einen hochgradig nervösen Menschen, der von der Stadt entfernt sich ein Grundstück kauft, um dem Lärm und dem Getriebe der Fabrikstadt zu entgehen. Kurz darauf erbaut ein Industrieller eine Fabrik, die zwar Lärm macht, aber doch nicht den Maßstab des objektiv Unerheblichen überschreitet, in seiner Nachbarschaft. Hier ist der Betroffene machtlos, da sein subjektives Interesse nicht berücksichtigt wird; wenn er fortzieht und an einen anderen Ort geht, kann ihm das gleiche sofort wieder geschehen. Er kann sich ja dagegen schützen, indem er sich ein so großes Terrain kauft, daß er trotz einer daneben befindlichen Fabrik den Lärm nicht hört, oder er erwirbt im weiten Umkreise um sein Grundstück herum Servituten, daß da keine Fabrik errichtet werden darf. Dieser Rat ist zwar leicht zu geben aber schwer auszuführen, denn wenige Menschen werden pekuniär in der Lage sein, diese Hilfsmittel anzuwenden. Ein solcher Unglücklicher kann von Ort zu Ort vertrieben werden, denn wo wäre man heutzutage vor einer Eisenbahn oder einer Fabrik sicher? Es liegt ja hierin eine große Härte, aber es muß eben der einzelne seine wenn auch noch so berechtigten Interessen der Allgemeinheit unterordnen. Freilich ist der

[99]) Landmann Bd. 1 S. 197 und Entscheidung daselbst; Rohmer S. 78.
[100]) Endemann Bd. 2 S. 285.

Begriff des Objektiven nicht so weit auszudehnen, daß nur die Benutzung zur Zeit der Errichtung der Anstalt maßgebend ist. Es kann dem Eigentümer eines Grundstückes nicht verwehrt werden, sein Grundstück beliebig zu gebrauchen, und er kann jederzeit die Benutzung ändern.

Den Begriff des objektiven Maßstabes haben wir dahin auszulegen, daß eine erhebliche, d. h. merkliche Beeinträchtigung in der Benutzung der Sache selbst vorliegen muß, die aber so sein muß, daß sie auch von der Mehrzahl der andern Leute ohne übergroße Empfindlichkeit als erheblich empfunden werden würde.

Nur diese beiden Voraussetzungen geben einen sicheren Anhalt zu einer billigen und gerechten Beurteilung und Entscheidung aller vorliegenden Fragen. Es ist nicht zu verkennen, daß bei einer derartigen Kollision der Interessen, wie wir sie bei den Immissionen vorfinden, stets eine Partei leiden muß. Unwesentlich wird, wie Planck[101]) hervorhebt, eine Beeinträchtigung stets sein, wenn sie von einem Grundstück infolge der zum Haushalt oder zum Kleingewerbe erforderlichen Tätigkeit ausgeht. Dies wird im Regelfall wohl zutreffen, aber es sind im Haushalt und vor allem im Kleingewerbe doch Immissionen, z. B. durch zu vieles Teppichklopfen oder den Betrieb einer Schmiede, denkbar, die sowohl das Maß des Unerheblichen wie des Ortsüblichen übersteigen werden. Es kann jeder Eigentümer die Benutzung seines Grundstückes stets beliebig ändern. Wie weit darf er nun hierbei gehen? Ohne Zweifel kann er seinen Acker in eine Rosenplantage[102]) verwandeln und seine bis dahin zum Heuertrag benutzte Wiese als Bleiche gebrauchen.[103]) Denn hier würde jeder andere an Stelle des Betroffenen in gleicher Weise belästigt und geschädigt werden. Wie ist es aber, wenn der bisher Kartoffeln bauende Eigentümer sein Grundstück, das neben einer Schmiede gelegen ist, verkauft, und der neue Eigentümer hier eine Nervenheilanstalt errichtet? Wenn die Schallimmissionen nicht so sind, daß jeder sie als erheblich empfinden würde, hätte er wohl kein Verbietungsrecht, denn hier besteht die erhebliche Beeinträchtigung darin, daß die Leute, die jetzt das Grundstück benutzen, besonders schonungsbedürftig und empfindlich sind. Anders scheint Biermann[104]) hier entscheiden zu wollen, wenn er sagt, daß diese ungewöhnliche Benutzung in Betracht zu ziehen ist. Wohin sollte dies aber führen? Man kann doch wohl kaum von objektiven Kriterien reden und dabei eine außergewöhnliche subjektive Empfindlichkeit berücksichtigen. Daß sich diese bei Benutzung des Grundstückes herausstellt, ist nichts besonderes, denn jede Immission wird die Benutzung des Grundstückes, wenn auch vielleicht nur in bezug auf das Affektionsinteresse beeinträchtigen. Wie liegt nun der Fall, wenn ein neben einer immittierenden Anlage befindliches Wohnhaus nicht mehr so leicht wie früher zu ver-

---

[101]) Bd. 3 S. 139.
[102]) Endemann a. a. O. S. 284.
[103]) Dernburg a. a. O. S. 243.
[104]) Biermann S. 103 f.

mieten ist. Planck[105]) will, wenn das Wohnen dort an Annehmlichkeit verliert, dem Vermieter den Anspruch aus § 1004 BGB. und § 26 GO. geben, wenn der Wert des Grundstückes herabgemindert wird. Dies dürfte aber nicht ohne weiteres zutreffen. Biermann a. a. O. hat anscheinend das Richtige im Auge, wenn er sagt, daß eine wesentliche Beeinträchtigung darin liegen „kann". Wir müssen hier unterscheiden, ob das Wohnen in dem betreffenden Hause tatsächlich so erschwert ist, daß sich kaum Leute der Bevölkerungsklasse, für welche die Wohnung bestimmt ist, bereit finden, dort einzuziehen. Natürlich kann man nicht verlangen, daß der Eigentümer die Wohnungen jetzt für Minderbemittelte umbaut, die in dieser Beziehung nicht so viele Ansprüche stellen. Ist das Vermieten aber nur in dem Maße erschwert, daß die Wohnung doch noch, wenn auch nicht mehr so leicht wie früher, zu vermieten ist, dann hat der Eigentümer kein Verbietungsrecht, denn man kann nicht sagen, daß diese Beeinträchtigung auch von der Mehrzahl der anderen Leute als erheblich empfunden würde, und so weit muß jeder einzelne seine Interessen der Allgemeinheit unterordnen. Diese Ansicht muß man auch dann festhalten, wenn der Eigentümer einen Vermögensschaden erlitten hat, indem er z. B. eine Zeitlang seine Wohnung nicht vermietet hatte. Wollten wir nicht so urteilen, dann könnte jeder, in dessen Nähe ein Bahnhof angelegt wird, Ansprüche geltend machen, wenn seine Wohnung eine Zeitlang leer steht, weil eine Dame, die dort gewohnt hat, mit der Begründung fortgezogen ist, daß sie nicht gerne in der Nähe eines Bahnhofes wohne. Die bloßen Vorstellungen Kauf- und Mietlustiger über die Möglichkeit von Einwirkungen, auch wenn sie auf das Preisgebot Einfluß haben, können noch nicht als Schaden gelten.[106]) Ist die Wohnung jedoch nicht mehr anders zu vermieten, als daß eine dauernde Ermäßigung des Mietpreises vorgenommen wird, oder ist sonst ein nachweisbarer Vermögensschaden entstanden, dann darf wohl kein Zweifel sein, daß diese Beeinträchtigung erheblich ist.

Die ortsüblichen Immissionen können, wie schon erwähnt, mitunter recht erheblich sein. Aber auch diese Einschränkung des unbeschränkten Immissionenverbots ist unbedingt notwendig. Wer sich in einer Fabrikstadt ankauft, kann sich nicht über den Lärm und Geruch beschweren, auch wenn er erheblich ist. Der Gesetzgeber hat dies besonders hervorgehoben, denn es könnte sonst die freie Entwicklung der Industrie unterbunden werden. Jeder, der dort hingehen will, muß mit den tatsächlich vorhandenen Verhältnissen rechnen. Wer sich beispielsweise inmitten eines ausgeprägt industriellen Ortes, in welchem eine Fabrik neben der anderen steht, eine Bleiche einrichten wollte, könnte sich nicht darauf stützen, daß durch den Kohlenstaub die Wäsche beschädigt würde; hätte er auch hier ein Verbietungsrecht, dann stände es in der Macht eines einzelnen, die

---

[105]) Bd. 3 S. 139.
[106]) Scherer Bd. 2 S. 1269.

ganze Industrie eines Ortes lahmzulegen. Es muß vielmehr die Beeinträchtigung wie eine allgemeine dingliche Last ertragen werden.[107])

Nun ist es aber klar, daß der Begriff der Ortsüblichkeit kein ein für allemal feststehender ist. Wenn auch der Regierungsvertreter bei der Beratung des § 906 angegeben hatte, daß das Hergebrachte maßgebend sein solle, und daß der Eigentümer eine Steigerung der schädlichen Immission nicht zu dulden brauche, so ist doch durch den steten Wechsel der menschlichen Bedürfnisse und die tatsächlichen Verhältnisse eine fast fortwährende Änderung der Ortsüblichkeit bedingt.[108]) Denn wie es einerseits möglich ist, daß durch Erschöpfung des zu fördernden Materials ein Eingehen der Fabriken bewirkt werden kann, so kann auch andererseits durch Zunahme der Industrie eine Vermehrung der Immissionen herbeigeführt werden; durch beides wird die Ortsüblichkeit verändert. Es würde nicht der Meinung des Gesetzgebers entsprechen, den § 906 so auszulegen, daß ein Verbietungsrecht bestände, wenn zu den vielen Fabriken eines Ortes eine oder zwei neue hinzugebaut werden sollten. Es muß vielmehr die Vermehrung der ortsüblichen Immissionen geduldet werden, ebenso wie man sich andererseits auf eine tatsächliche Verminderung berufen kann. Man kann aber den Begriff der ortsüblichen Einwirkungen nicht zu weit ausdehnen und etwa sagen, daß weil bereits Fabriken bestehen, jede Änderung und Ausdehnung des Betriebes ertragen werden müßte.[109]) Wir haben bei Betrachtung der Üblichkeit nicht nur die Art der Anlagen, sondern vor allem auch das Wesen und die Ausdehnung der Immissionen zu betrachten. Auch in einem Fabrikzentrum wird ein überaus langes Ertönen von Dampfpfeifen nicht üblich sein, ebensowenig ein Nachtbetrieb, wenn alle anderen Fabriken Tagesbetrieb haben. Gegen eine solche Überspannung des Begriffes der Ortsüblichkeit kann sich der Betroffene wehren.

Kann sich der Immittent darauf berufen, daß er früher dagewesen ist als der andere? Diese Frage ist zu verneinen. Die Prävention ist bei der Beurteilung ohne Bedeutung, und dies muß auch so sein, denn der Immittent kann keine allgemeine Belastung auf sämtliche Grundstücke vorwegnehmen;[110]) wäre dies nicht der Fall, dann stände es in der Macht des Immittenten, jede Weiterentwicklung in der Nähe seiner Anlage zu hindern; das Handeln eines einzelnen begründet also keine Ortsüblichkeit. Hieran ändert nichts, daß der Eigentümer des leidenden Grundstücks beim Erwerb dieses die nachteilige Wirkung auf sein Grundstück voraussehen konnte, denn er durfte annehmen, daß der Immittent Vorkehrungen treffen werde, um die bis dahin unschädlichen oder minderschädlichen Immissionen auf das Maß des Gewöhnlichen zurückzuführen.[111])

---

[107]) Endemann Bd. 2 S. 284.
[108]) Förster-Turnau Bd. 1 S. 302 f.
[109]) RGE., DJZ. Jahrg. 9, 2 Spruchsammlung S. 26.
[110]) Endemann a. a. O. S. 284.
[111]) RGE., JW. 1901 S. 19.

Es ist dem Betroffenen nicht zuzumuten, seinerseits etwa die erforderlichen Vorkehrungen zum Schutze gegen die Immissionen zu treffen.[112])

Es kann nun sein, daß der Betroffene dem Immittenten selbst das Grundstück zu dieser Anlage verkaufte. Die herrschende Meinung,[113]) der auch das Reichsgericht[114]) gefolgt ist, will hierin einen stillschweigenden Verzicht im voraus erkennen. Dieser Ansicht dürfte aber kaum beizutreten sein. Man muß auch hier vielmehr sagen, daß der Eigentümer, der die Immissionen voraussehen konnte, annehmen durfte, daß der Käufer Vorkehrungen treffen würde, damit die Immissionen das Maß des Ortsüblichen und Unerheblichen nicht übersteigen. Dernburg will auf den Kauf die Grundsätze über Treu und Glauben anwenden, Biermann nennt es einen stillschweigend erklärten Verzicht; Förster-Turnau bezeichnen es als eine der dispositiven Bestimmung des § 906 gegenüber getroffene abändernde Regelung durch eine konkludente Handlung. Dies ist aber doch nur zutreffend, wenn eine unzweideutige Abmachung darüber getroffen ist. Das Reichsgericht führt aus, daß derjenige, welcher einen Teil seines Grundstückes für die Anlage einer chemischen Fabrik verkauft, gegen die in dieser Fabrik erzeugten Gase keinen Schutz genießen kann, wobei es dies aber etwas einschränkt, indem es weiter sagt, daß sich die Bestimmung nur auf Immissionen beziehe, die zur Zeit des Verkaufes voraussehbar waren. Diese angebliche Einschränkung hilft aber dem Betroffenen nichts, da der Begriff der Voraussehbarkeit, wie wir später sehen werden, sehr weit ausgedehnt wird. Aber selbst bei voraussehbaren Schäden kann man wohl kaum für alle Fälle eines Verkaufes diese Entscheidung billigen. Eine besondere Regelung dieser Frage finden wir im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht, wir müssen also die allgemeinen Rechtsprinzipien heranziehen.

Den Satz: volenti non fit iniuria und den § 157:

„Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern,"

können wir nur dann gebrauchen, wenn hinreichend klargelegt ist, welche Immissionen eintreten und was für Wirkungen sie haben werden. Denn einerseits ist z. B. ein Bauer nicht in der Lage, zu wissen, ob sich schädliche Gase bei einer Fabrik entwickeln, und ferner, ob diese ihn in der Benutzung seines Eigentums schädigen werden. Aber selbst wenn er das Vorhandensein von Immissionen wußte, mußte er doch annehmen, daß der Käufer Vorkehrungen dagegen treffen werde, um schädigende Wirkungen fernzuhalten. Die Begründung, die das Reichsgericht gibt, daß man sich durch höhere Preise schadlos halten könne, und daß der Käufer damit rechnen müsse, daß der Verkäufer ihm keine Hindernisse mehr in den Weg legen werde, ist nicht stichhaltig. Der Verkäufer wird meist nicht in der Lage sein, sich durch höhere Preise schadlos zu halten,

---

[112]) Scherer Bd. 3 S. 165.

[113]) Biermann S. 104; Dernburg Bd. 3 S. 244; Förster-Turnau S. 304.

[114]) Bd. 29 S. 268; Seuffert Bd. 58 Nr. 142.

denn sonst kauft sich der Unternehmer ein Nachbargrundstück, dessen bisheriger Eigentümer vielleicht fortzieht, und der demgemäß kein Interesse daran hat, was später geschieht, und die Immissionen treten in der gleichen Weise ein. Der Satz, daß der Käufer damit rechnen müsse, daß ihm keine Hindernisse mehr bereitet werden, entspricht, wenn keine ausdrückliche Abmachung vorliegt, nicht der Billigkeit und dem Rechtsgefühl. Wenn der Verkäufer nicht damit rechnete oder damit rechnen konnte, dann wäre es eine Ungerechtigkeit, ihn für etwas, das für ihn subjektiv nicht oder nicht in der Weise voraussehbar war, dadurch zu bestrafen, daß man ihm das Verbietungsrecht wegnimmt. Wir müssen vielmehr sagen, daß, wenn der Unternehmer sicher sein will, er dies ausdrücklich mit dem andern abmachen muß, denn er kann doch nicht eine Prämie dafür bekommen, daß der frühere Eigetnümer, der wohl meist nicht weiß, daß sich in vielen Fällen die Immissionen gar nicht abstellen lassen, in Unkenntnis der späteren Einwirkungen ihm den Teil des Grundstückes verkauft hat.

Daß auch eine einmalige Beeinträchtigung sich als Immission im Sinne des Gesetzes darstellt, ist früher erwähnt. Es wird aber gegen eine solche sehr oft nichts zu machen sein, wenn sie nämlich trotz ihrer Erheblichkeit allgemein üblich ist. Was allgemein üblich ist, muß natürlich ebenso wie das Ortsübliche ertragen werden. Dahin gehören beispielsweise die durch einen benachbarten Neubau hervorgerufenen Beeinträchtigungen. Das entscheidende Moment liegt hierbei wohl nicht, wie Hörle [115]) annimmt, darin, daß dies ein vorübergehender Zustand ist, denn auch andere vorübergehende Immissionen können verboten werden, wie die Immissionen einer nur zeitweilig aufgestellten Maschine, sondern der Grund ist, daß solche Beeinträchtigungen an jedem Ort ertragen werden müssen, also überall gewöhnlich sind. Aus demselben Grunde muß auch alles das, was alle Menschen zu tun pflegen, ruhig hingenommen werden, weil es allgemein üblich ist, z. B. fortwährend falsches Klavierspielen.

Außergewöhnlich ist, wie Spangenberg in seiner Abhandlung über das Nachbarrecht sagt, alles das zu nennen, was aus der Betreibung eines besonderen Gewerbes für die Nachbarn entsteht, obgleich es an und für sich nur gewöhnliche Folgen des Gewerbes sind. Diese außergewöhnlichen Belästigungen können aber nur in dem Fall verboten werden, wenn sie zugleich auch die Benutzung des anderen Grundstückes erheblich beeinträchtigen.

Eine Entscheidung darüber, wann Ortsüblichkeit vorliegt, zu fällen, wird mitunter sehr schwer sein. Wie wir gesehen haben, begründet die Tatsache allein, daß der Immittent früher da war als der Betroffene, noch nicht den Einwand der Ortsüblichkeit. Man muß dies aber wohl etwas einschränken, indem man durch 30jährigen gleichmäßigen Betrieb eine Ortsüblichkeit entstehen läßt. [116]) Insoweit muß dem, der sich zuerst

[115]) S. 368.
[116]) vgl. Hörle S. 370.

an dem Orte niedergelassen hat, der Vorzug gebühren. Wer sich bei einer von altersher bestehenden Walkölmühle oder Gerberei ein Landhaus erbaut, muß, auch wenn die Benutzung der betreffenden Örtlichkeit zu derartigen Betriebsanlagen nicht gemeingewöhnlich ist, die mit ihnen verbundenen übermäßigen Einwirkungen ertragen.[117]) Dies kann aber nur dann gelten, wenn diese Anlagen schon so lange bestehen, daß dadurch eine Ortsüblichkeit begründet ist. Wenn dieser ausgleichende Weg nicht betreten wird, sind Gewerbebetriebe, die der obrigkeitlichen Genehmigung nicht bedürfen und des Schutzes des § 26 GO. entbehren, jederzeit dem Ruin ausgesetzt, da die Unterlassung der Immissionen nötigenfalls durch Beseitigung oder Außerbetriebsetzung der Anlage herbeigeführt werden könnte.

Die Beurteilung der Ortsüblichkeit wird stets eine Frage des einzelnen Falles sein, da sich allgemeingültige Regeln schwer aufstellen lassen. Man wird auch sagen müssen, daß schon eine kurze Betriebsdauer zur Begründung der Ortsüblichkeit ausreichend ist, wenn schon einige Anlagen bestehen und diese zu einer weiteren industriellen Entwicklung hindrängen. Ob dagegen die Entscheidung, es werde durch den Umstand, daß die Fabrik des Beklagten die einzige ihrer Art in weitem Umkreise ist, die Annahme der Ortsüblichkeit der von ihr ausgehenden Immissionen nicht gehindert, richtig ist, muß nach dem eben Gesagten doch zweifelhaft erscheinen.[118]) Wollte man dies annehmen, dann käme man dahin, daß dem Immittenten der Vorzug gebührt, wenn er sich an dem Ort zuerst niedergelassen hat, eine Entscheidung, die die Wissenschaft und Praxis stets verworfen haben.

Dagegen können, wie Hörle sagt, wirtschaftliche und ästhetische Interessen oder günstige örtliche Vorbedingungen ortsübliche Verhältnisse im Sinne des § 906 nicht schlechthin begründen. Ein malerisches Flußtal ist zur Errichtung von Gerbereien, Wäschereien, Mühlen ebenso wie zur Anlegung von Villen und Lustgärten geeignet. Insofern besteht Parität. Fordern zum öffentlichen Nutzen dienende Unternehmungen eine Beschränkung des Eigentums, z. B. ein durch eine neue Heilquelle entstehendes Bad die Beseitigung von Gewerbeanlagen, die dessen Bestand oder Entwicklung hindern, so können landesrechtliche Bestimmungen über Enteignung von Grundstücken Abhilfe gewähren.

Die Beeinträchtigungen werden oft auch wieder ausgeglichen, und wenn dies nicht der Fall ist, dann muß der einzelne sie eben im Interesse der Allgemeinheit ertragen. Planck[119]) sagt hierzu:

> „Die Belästigung, welche dem einzelnen, der seine Villa in einer Fabrikstadt baut, widerfährt, und der mit ihr verbundene Eingriff in das Eigentum wird überwogen von der Rücksicht, welche das Gesetz auf die Industrie und den Bergbau zu nehmen

---

[117]) Hörle ebenda.
[118]) Sörgel 1903 S. 129.
[119]) Bd. 3 S. 139.

hat, um den Volkswohlstand zu fördern; sie wird ohnehin der Regel nach durch den günstigen Einfluß ausgeglichen, den die Hebung des Gewerbefleißes auf den Wert der Grundstücke übt."

Aus dem Gesagten ergibt sich, wie wenig sicher und bestimmt die Grenze bei den ortsüblichen Immissionen zu ziehen ist, und wieviel dem subjektiven Ermessen des Richters überlassen bleibt und bleiben muß. Hätten wir, wie Jurisch[120]) es vorschlägt, ein besonderes Luftgesetz, auf Grund dessen das zu extragende Maß der Immissionen genau festgelegt wäre, dann wären nicht so viele Zweifelspunkte vorhanden. Bis zu der Schaffung dieses empfiehlt es sich aber für den, der in Ruhe und ohne Sorgen für die Zukunft leben will, sich, ehe er sich irgendwo ankauft, durch gültige Abmachungen mit seinen Nachbarn über alle diese Punkte zu einigen. Dies gilt sowohl für den Unternehmer als auch für den Nichtunternehmer, denn beide sind, wie wir gesehen haben, auf Grund des geltenden Immissionenrechts erheblichen Gefährdungen ausgesetzt. Dem Eigentümer wird vielleicht durch eine Anlage, die er nicht verbieten kann, der ganze Genuß, den er sonst von seinem Grundstück hätte, entzogen. Der Unternehmer dagegen läuft, wenn die Anlage nicht genehmigungspflichtig ist, Gefahr, daß ihm der Betrieb ganz unterbunden wird, oder daß er, wenn die Anlage durch die Behörde konzessioniert ist, fortgesetzt, wie im folgenden Abschnitt zu besprechen ist, an seine Nachbarn Entschädigungen zu zahlen hat.

§ 8.

Die weitere Einschränkung durch § 26 GO.

Die eben erwähnten Einschränkungen des unbegrenzten Immissionenverbots durch § 906 BGB. bezogen sich darauf, daß in einzelnen Fällen ein Verbietungsrecht überhaupt entfällt, indem wegen der unerheblichen und ortsüblichen Immissionen ein Klageanspruch versagt wird, ohne daß dem Betroffenen ein anderweiter Ersatz dafür gegeben wird. Wenn die Immissionen aber erheblich und nicht ortsüblich sind, dann können an und für sich die Ansprüche des § 1004 BGB. rücksichtslos durchgeführt werden. Gegen diese unbedingte Geltendmachung des Eigentumsfreiheitsanspruches bei genehmigten Anlagen wendet sich § 26 GO. Der Grund, aus welchem die nachfolgende Bestimmung geschaffen worden ist, lag darin, daß man die freie Entwicklung der Industrie gegen die dem Nachbarrecht entspringenden Ansprüche sichern wollte. Der Schutz, den § 906 den gewerblichen Anlagen bietet, endigt, sowie die Einwirkungen nicht ortsüblich und zugleich auch erheblich sind. Die Möglichkeit, dann eine Einstellung des Betriebes herbeizuführen, würde für industrielle Unternehmungen sehr verhängnisvoll und gefährlich sein. Deshalb hat man

[120]) Grundzüge des Luftrechts.

wenigstens für die genehmigten Anlagen, zu denen nach § 16 GO. die wichtigsten der in Betracht kommenden gehören, eine Ausnahme bestimmt. Besser wäre es nach dem eben Gesagten vielleicht gewesen, wenn dies für alle gewerblichen Anlagen, auch die nicht genehmigungspflichtigen ausgedehnt worden wäre. § 26 GO. bestimmt:

„Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen, welche von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück geübt werden, dem Eigentümer oder Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anstalt gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligenden Einwirkungen ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betrieb des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden."

Aus den Anfangsworten: „soweit die bestehenden Rechte" geht klar hervor, daß § 26 nicht eine neue Klage einführen, sondern nur die jeweilig vorhandene negatorische Klage zugunsten des Eigentümers einer behördlich genehmigten Anlage modifizieren will. Nach der Entstehungsgeschichte der Gewerbeordnung richtete er sich besonders gegen das lübische Recht und das Rostocker Stadtrecht, auf Grund deren auch bei solchen Anlagen die Einstellung des Betriebes verlangt werden konnte. Diese Bestimmung des lübischen und Rostocker Rechts war zwar schon durch das Reichsgesetz vom 4. 11. 1874 aufgehoben worden,[121]) aber man wollte durch § 26 die Unternehmer bei genehmigungspflichtigen Anlagen für alle Zeiten sicherstellen, um die freie Entwicklung der Industrie zu schützen. Das gemeine Recht kannte eine Klage auf Betriebseinstellung nicht.

Das Wort „benachbart" ist, wie früher erwähnt, nicht zu eng zu fassen; gemeint ist jedes andere Grundstück, denn sonst könnte der, der von der störenden Anlage weiter entfernt ist, die Einstellung trotz der Genehmigung fordern, da für ihn § 26 nicht gelten würde, der aber, der sich unmittelbar neben ihr befindet, nicht.

Der Eigentumsfreiheitsanspruch richtet sich gegen jede Einwirkung und ist an und für sich unbegrenzt. Als eine Einschränkung dieser Klage stellt sich § 906 dar, indem er für gewisse Immissionen eine Duldungspflicht aufstellt;[122]) als eine weitere Einschränkung des Anspruches tritt uns § 26 GO. entgegen, indem er bestimmt, daß bei Betrieben, die mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtet sind, niemals auf Einstellung des Betriebes geklagt werden kann, und daß ferner die Herstellung von Einrichtungen, die die benachteiligende Wirkung ausschließen, nur dann verlangt werden kann, wenn die Einrichtungen tunlich und mit dem gehörigen Betrieb vereinbar sind. Ist dies nicht der Fall, dann kann nur Schad-

[121]) RGE. Bd. 37 S. 172, Bd. 40 S. 182, Bd. 47 S. 98.
[122]) RGE. Bd. 50 S. 226.

loshaltung gefordert werden. Auch dann, wenn nach § 26 diese Schadloshaltung verlangt wird, ist diese Klage die negatorische[123]) und nicht etwa die gewöhnliche Schadenersatzklage, und hieran ändert der Umstand nichts, daß infolge des Schutzes, der dem Immittenten durch die erteilte Konzession gegeben ist, die Einstellung des Betriebes nicht herbeigeführt werden kann. Es kann auch dann auf diese Vorkehrungen und nicht auf Schadloshaltung geklagt werden, wenn die Einwirkungen zwar nicht ganz auszuschließen, wohl aber auf das Maß zurückzuführen sind, das nach den Grundsätzen des Nachbarrechts ertragen werden muß. Denn wenn dies möglich ist, entfällt ein fernerer Anspruch, da die noch bleibenden Immissionen nach § 906 nicht mehr unerlaubt sind. Voraussetzung ist natürlich auch hierbei, daß diese Einrichtungen im Sinne des § 26 möglich sind. Der Anspruch ist auch insofern ein anderer, als nach § 1004 BGB. nur auf Unterlassung, niemals jedoch auf Vorkehrungen zum Ausschluß der Immissionen geklagt werden kann, während nach § 26 GO. niemals Unterlassung, sondern nur diese Vorkehrungen gefordert werden können.[124]) Dies erscheint auf den ersten Blick merkwürdig, ergibt sich aber bei näherer Betrachtung als notwendig. Denn wenn im ersten Fall die Einwirkungen nicht unterlassen werden, kann in der Zwangsvollstreckung die Einstellung des Betriebes herbeigeführt werden, damit dem Urteil Genüge geleistet werde, was auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Wenn wir im zweiten Falle einen Anspruch auf Unterlassung hätten, dann könnte in der Zwangsvollstreckung die Bestimmung des § 26 hinfällig gemacht werden, indem jetzt doch auf diesem Umweg die Einstellung des Betriebes auch bei genehmigten Anlagen herbeizuführen wäre.

Aus der Fassung des letzteren Paragraphen: „Einrichtungen, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen", ergibt sich mit größter Deutlichkeit, daß sich diese nur auf die Zukunft beziehen,[125]) denn solche Einrichtungen sind begrifflich für die bereits eingetretenen Einwirkungen, die nicht mehr vorhanden sind, unmöglich, und es können nur solche Einwirkungen ausgeschlossen, also ferngehalten werden, die entweder erst einzutreten drohen, oder aber, wenn sie schon eingetreten sind, noch fortdauern. Es tritt daher dieser Anspruch bei den indirekten Immissionen an die Stelle des auf Unterlassung aus § 1004, während der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung, wo eine solche denkbar ist, auch bei den genehmigungspflichtigen Anlagen bestehen bleibt, denn mit dem letzteren Anspruch kann bei indirekten Immissionen niemals eine Unterlassung der Beeinträchtigung oder gar Einstellung des Betriebes gefordert werden. Anders ist es bei den direkten Immissionen, wenn die Anlage selbst das Beeinträchtigende ist. Bei diesen kann es, wie vorher erwähnt, nur

---

[123]) RGE., Gruchot Bd. 38 S. 951.
[124]) RGE. Bd. 40 S. 182.
[125]) Ähnlich Linckelmann, Zwei Fragen S. 239, der aber den Unterschied zwischen den direkten und indirekten Immissionen übersieht.

einen Beseitigungsanspruch geben, da durch Beseitigung der Anlage zugleich auch die Unterlassung jeder weiteren Störung herbeigeführt wird. Ob auch auf sie, wo der Beseitigungsanspruch sich auch auf die Wirkungen in der Zukunft erstreckt, und wo es gar keinen Unterlassungsanspruch gibt, die Abänderung durch § 26 Anwendung findet, ist nachher zu besprechen.

Da nun ferner die Schadloshaltung nur subsidiär an die Stelle jener unmöglichen Einrichtungen tritt, wie sich dies aus der Fassung deutlich ergibt, so folgt daraus, daß auch diese sich nur auf die Zukunft beziehen kann. Es ist daher nicht möglich, die Schadloshaltung auch auf den Schaden auszudehnen, der entstanden ist, ehe die abhelfenden Einrichtungen gefordert wurden. Hieraus ergibt sich aber weiter noch, daß zur Begründung des Anspruches auf Schadloshaltung nach § 26 GO. ein Verschulden des Immittenten nicht nachgewiesen zu werden braucht. Während bei einer Ersatzforderung für den vor der Klageerhebung entstandenen Schaden ein Verschulden unbedingt erforderlich ist, da diese Klage sich auf § 823 BGB. stützt, tritt die Schadloshaltung des § 26 aus einem anderen Grunde ein. An und für sich kann mit der actio negatoria die Unterlassung der übermäßigen Immissionen gefordert werden, und dies auch stets dann, wenn die Unterlassung nur durch Einstellung des Betriebes zu bewirken ist. Wenn nun auch die Einrichtungen, die nach § 26 verlangt werden können, nicht möglich sind, dann würde der Betroffene, wenn man für die Schadloshaltung ein Verschulden erfordern wollte, ein solches aber nicht vorläge, ganz rechtlos sein, da er die Unterlassung der Immissionen und die Einstellung des Betriebes nicht verlangen kann. Da aber das, was durch § 26 gegeben ist, materiell geringer ist als das, was hierdurch verboten ist, so muß es wohl schlechtweg an dessen Stelle treten, da man dem Gesetz nicht die Absicht unterstellen darf, dem Grundeigentümer zugunsten benachbarter Fabrikanten ohne Entschädigung sein Recht zu entziehen.[126]) Es bleibt also die Klage auf Schadloshaltung nach § 26 die reine negatorische Klage, bloß ist ihr Ziel ein anderes geworden: im Interesse der bestehenden industriellen Unternehmungen und ihrer freien Weiterentwicklung soll die Einstellung des Betriebes bei behördlich genehmigten Anlagen, zu denen nach § 16 GO. die hauptsächlichsten und wichtigsten mit Immissionen verbundenen Anlagen gehören, nicht verlangt werden dürfen, aber der durch sie betroffene Eigentümer soll deshalb nicht schutzlos gemacht werden, und es ist ihm als Ersatz der Anspruch auf Schadloshaltung gegeben worden.

Hören die Übergriffe während des Prozesses auf, so gelten die gleichen Grundsätze wie bei der gewöhnlichen negatorischen Klage. Es erscheint demnach nicht als richtig, wenn das Reichsgericht[127]) sagt:

„Die Klage auf Herstellung von Einrichtungen ist nicht als erledigt anzusehen, wenn während des Prozesses diese ausgeführt

---

[126]) RGE. Bd. 47 S. 98.
[127]) RGE. Bd. 36 S. 178.

werden, denn es ist zu erwägen, daß auf Herstellung bestimmter Einrichtungen gar nicht geklagt werden kann."

Daß auf Herstellung bestimmter Einrichtungen nicht geklagt werden kann, ändert an der Beurteilung dieser Frage nichts. Man muß vielmehr sagen, daß auch hier eine Verurteilung zu versagen ist, wenn nach den näheren Umständen mit Sicherheit anzunehmen ist, daß eine Wiederholung der Beeinträchtigungen ausgeschlossen ist.

Nicht ganz richtig ist es, wenn Linckelmann[128]) sagt, daß der Beseitigungsanspruch für § 26 gar nicht in Betracht komme, da er keine Gefahr für den Betrieb einer genehmigten Anlage biete. Wir haben früher gesehen, daß es Immissionen gibt, bei denen der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung zugleich auch den auf künftige Unterlassung erschöpft. Dies sind die direkten Immissionen, bei denen die Anlage selbst das Störende ist. In einem solchen Falle könnte an und für sich die Abwehr der fortdauernden Einwirkungen, die in der einzigen Handlung, nämlich der Errichtung der Anlage bestehen, auch mit dem Wiederherstellungsanspruch gefordert werden. Es fragt sich nun, ob dieser Beseitigungsanspruch durch die Modifikation des § 26 in diesem Falle, also bei den direkten Immissionen, ebenso getroffen wird wie der Unterlassungsanspruch bei den indirekten Immissionen. Kann der Betroffene, wenn der Unternehmer seine genehmigte Anlage ganz oder teilweise auf dem Grundstücke jenes errichtet oder sonst irgendwie in dessen Eigentum oder dessen Rechte, mit Ausnahme des sogen. Nachbarrechts, durch seine Anlage direkt eingegriffen hat, die Beseitigung dieser Beeinträchtigung verlangen, auch wenn dadurch die Einstellung des Gewerbebetriebes herbeigeführt wird? Und wie ist es in dem Falle, daß der Unternehmer mit seiner konzessionierten Anlage zwar auf dem eigenen Gebiet geblieben ist, wenn er aber durch die Errichtung ein Recht des andern, z. B. eine Grunddienstbarkeit, daß dort eine solche Fabrik nicht errichtet werden darf, verletzt hat? Es ist nicht zu verkennen, daß § 26, da er ganz allgemein nur von „bestehenden Rechten" redet und ein solcher Verstoß doch auch als eine Einwirkung erscheint, die Möglichkeit bietet, auch hier eine Beseitigung der Anlage, die als ein noch weitergehender Anspruch als die Einstellung des Betriebes sich darstellt, zu versagen. Man muß aber trotzdem zu der Entscheidung kommen, daß hier die Beseitigung der Anlage gefordert werden kann, und zwar sprechen dafür folgende Gründe. Nach der Entstehungsgeschichte der GO. sollte der § 26 sich nur gegen die Ansprüche richten, die bei Belästigungen durch indirekte Immissionen, also auf Grund des sogen. nachbarrechtlichen Verhältnisses erhoben werden konnten,[129]) wenn dies auch im Gesetz keinen genügend klaren Ausdruck gefunden hat. Ferner haben wir gesehen, daß direkte Immissionen stets unzulässig sind, und daß die Einschränkung des § 906 BGB. für sie nicht gilt. Es muß demnach an-

[128]) Zwei Fragen S. 339.
[129]) Landmann Bd. 1 S. 151.

genommen werden, daß auch die weitere Einschränkung dieser Ansprüche durch § 26 hier nicht Platz greift. Schließlich sprechen für diese Ansicht auch §§ 17 und 19 GO. Hiernach sind die besonderen privatrechtlichen Ansprüche, d. h. alle mit Ausnahme der nachbarrechtlichen, ohne Beachtung im Genehmigungsverfahren zur richterlichen Entscheidung zu verweisen. Daraus kann man entnehmen, daß das Gesetz nicht die Absicht gehabt hat, derartige Ansprüche zu beeinträchtigen oder gar dem Betroffenen ganz zu entziehen. Wenn also der Immittent seine Anlage einer bestehenden Grunddienstbarkeit zuwider errichtet hat, oder wenn er sonst irgendwie direkt in das Eigentum eines anderen eingegriffen hat, dann kann die Beseitigung dieser Beeinträchtigung verlangt werden, auch wenn die Anlage mit Genehmigung der zuständigen Behörde errichtet und in Betrieb gesetzt worden ist.

Was haben wir nun unter „untunlich" und „unvereinbar mit einem gehörigen Gewerbebetrieb" zu verstehen? Der letztere Begriff umfaßt die technischen Änderungen, die erforderlich sind, um das Übermaß der Immissionen abzustellen. Wir haben ihn jedenfalls dann anzuwenden, wenn die erzeugten Fabrikate bei Vornahme der Einrichtungen anders oder gar schlechter werden würden, wenn also die Gefahr vorläge, daß das Unternehmen einen dauernden pekuniären Verlust erleiden könnte, indem die Erzeugnisse nicht mehr oder nicht mehr so gut abzusetzen wären. Dagegen haben wir unter dem Begriff „untunlich" die Kosten einer event. Änderung zu verstehen, die nach geltendem Recht in jedem Fall der Immittent zu tragen hätte, da nach seinem Willen die Eigentumsverletzung, wenn auch ohne Verschulden, aufrechterhalten wird.[130]) Bei Entscheidung der Frage, ob eine erforderliche Einrichtung der Kosten wegen untunlich ist, müssen wir den reinen subjektiven Maßstab anlegen und hauptsächlich berücksichtigen, ob sie, wenn die finanzielle Lage des Unternehmers in Rechnung gezogen wird, so erheblich sein würden, daß diesem die Änderung aus Billigkeitsgründen nicht zugemutet werden kann. Wenn daher eine Aktiengesellschaft, die mit einem Kapital von 50 Millionen Mk. arbeitet und die vielleicht 15 % Dividende verteilt, Einrichtungen herzustellen hat, die etwa 500000 Mk. kosten, so werden wir nicht sagen können, daß diese der Kosten wegen untunlich sind, da hier nur eine einmalige Verringerung der Dividende um 1 % eintreten würde. Keinesfalls dürfen wir den objektiven Maßstab anwenden und etwa die Höhe der Kosten mit der des Schadens vergleichen. Denn einerseits würde hierin eine große Härte liegen, wenn wir den Eigentümer, der vielleicht viel mehr Wert auf eine immissionsfreie Benutzung seines Eigentums als auf Entschädigung legt, auf solche Weise beeinträchtigen würden, und andererseits würden wir so zu einer Enteignung kommen, die das Gesetz in diesem Umfange sicher nicht zulassen wollte. Wenn auch die Allgemeinheit ein Interesse an der freien Entwicklung der Industrie hat, was ja darin seinen Ausdruck findet, daß nicht auf Einstellung des Betriebes geklagt

[130]) Motive Bd. 3 S. 425 f.

werden kann, so hat sie doch sicherlich nicht ein Interesse daran, daß das Unternehmen einige Prozent Dividende mehr verteilen kann, oder daß der Einzelunternehmer einen noch größeren Gewinn aus seiner Anlage zieht.

Auf was ist nun der Anspruch aus § 26 zu richten, so daß Zwangsvollstreckung möglich wird?

Für die Beseitigung der Beeinträchtigung, die ganz die gleiche wie bei den nicht genehmigungspflichtigen Anlagen ist, gelten genau die vorhin entwickelten Grundsätze.

Die Schadloshaltung ist nur subsidiär. Da der Anspruch demnach zuerst auf die Einrichtungen geht, muß auch das Urteil in erster Linie diese betreffen. Ebenso wie bei der Klage aus § 1004 auf Unterlassung der Immissionen kann es bei Vorliegen des § 26 dem Kläger, der meist ohne jede Sachkenntnis ist, nicht zugemutet werden, die zutreffenden Einrichtungen näher zu bezeichnen.[131]) Es kann also eine Klage, die ganz allgemein Vorkehrungen gegen übermäßige Immissionen verlangt, nicht mit der Begründung abgewiesen werden, daß sie zu unbestimmt gehalten ist,[132]) und ebenso kann das Urteil nur bestimmen, daß der Beklagte die erforderlichen Einrichtungen zu treffen hat, um das Übermaß der Immissionen zu beseitigen. Es muß auch hier dem Beklagten anheimgestellt werden, selbst zu überlegen, wie er die Immissionen beseitigen oder auf ein erträgliches Maß zurückführen kann, denn er ist der beste Sachverständige für seine Anlage, und er hat keinen Grund sich zu beschweren, wenn ihm die Entscheidung über die erforderlichen Einrichtungen überlassen bleibt.[133]) Wie es der Kläger anstellen muß, um trotz des allgemein gehaltenen Urteils zu seinem Recht zu kommen, werden wir nachher sehen. Keinesfalls ist es möglich, das Urteil, wie Hörle[134]) es vorschlägt, dahin zu fassen, daß der Beklagte verurteilt wird, entweder Einrichtungen, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen, herzustellen oder die Einwirkungen, soweit sie das zulässige Maß überschreiten, zu unterlassen, denn wenn die Einrichtungen nicht möglich sind, könnte der Kläger die Unterlassung in der Zwangsvollstreckung selbst durch Einstellung des Betriebes herbeiführen und auf diese Weise das Verbot des § 26 hinfällig machen.

Es ist ferner auch nicht möglich, den Klageantrag so zu stellen, daß der Beklagte zur Schadloshaltung verurteilt wird, falls er nicht während des Verfahrens sich zur Herstellung bestimmter entsprechender Schutzvorrichtungen erbietet.[135]) Diese Fassung dürfte nach dem Wortlaut des § 26 nicht zu rechtfertigen sein. Denn dieser bestimmt ausdrücklich in erster Linie als Klagebegehren die Herstellung von Schutzvorrichtungen und erst in zweiter Linie die Schadloshaltung. Eine Vorschrift, daß der Beklagte während des Prozesses sich zur Leistung erbieten müsse, gibt es nicht,

---

[131]) RGE. Bd. 37 S. 172; JW. 1892 S. 184; Sörgel 1902 S. 174.
[132]) Landmann Bd. 1 S. 199; Sörgel 1900/01 S. 117.
[133]) Anm. 82 und 83.
[134]) S. 376.
[135]) Rocholl, Rechtsfälle Bd. 2 S. 379, zitiert bei Dernburg Bd. 3 S. 245.

und es ist daher auch nicht möglich, ihn, wenn er es nicht freiwillig tut, auf das zu verurteilen, was nach dem Gesetze erst subsidiär in Betracht kommen soll. Hier aber müßte, wenn der Immittent während des Prozesses schweigt und keine bestimmten Vorkehrungen angibt, wozu auch er nicht verpflichtet ist, das Urteil auch von vornherein auf Schadloshaltung lauten, ohne daß es darauf ankäme, ob die etwa möglichen Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betrieb unvereinbar sind.

Dagegen steht nichts im Wege, auch den subsidiären Anspruch auf Schadloshaltung gleich bei Erhebung der Klage mit anzustellen und ihn auch in das Urteil mit aufzunehmen. Der Beklagte könnte dann verurteilt werden, binnen einer bestimmten Frist, die natürlich lang genug sein muß, um die betreffenden Einrichtungen zu ermöglichen, die erforderlichen Vorkehrungen, die aber nicht näher anzugeben sondern dem freien Ermessen des Beklagten zu überlassen sind, zu treffen, widrigenfalls er, wenn sie untunlich oder mit einem gehörigen Betrieb unvereinbar sind, den Kläger schadlos zu halten habe. Diese Art der Verurteilung muß auch dann Platz greifen, wenn der Beklagte erklärt, daß er die Einrichtungen nicht vornehmen werde. Denn es ist sehr wohl möglich, daß der Kläger ein viel größeres Interesse daran hat, sein Grundstück frei von Immissionen zu besitzen, als sich abfinden zu lassen. Denken wir nur daran, daß es für ihn einen erheblichen Affektionswert hat, während der wirkliche Wert vielleicht nur gering ist; würden wir hier ohne weiteres die Schadloshaltung zulassen, dann würden wir dem Unternehmer indirekt die Befugnis zur Enteignung des Grundbesitzes seiner Nachbarn geben. Wenn aber der Beklagte geltend macht und beweist, daß solche Einrichtungen ohne Einstellung des Betriebes nicht möglich sind, oder auch nur der Beklagte, obschon ihn die Beweislast nicht trifft, dies nachweist, dann hat die Verurteilung nur auf Schadloshaltung sich zu richten, da in diesem Fall die Herstellung der Vorrichtungen ausgeschlossen ist.[136]) Wird dieser Beweis aber nicht geführt, dann besteht bei einer derartigen Verurteilung wenigstens die Möglichkeit, die Herstellung der notwendigen Einrichtungen durch Geldstrafe oder Haft zu erzwingen.

§ 26 spricht ganz allgemein von Einrichtungen, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen, und nicht von bestimmten Einrichtungen. Hierzu führt das Reichsgericht[137]) aus:

> „Dem prinzipiellen Klageantrag gegenüber, der gerichtet war auf die Verurteilung dazu, zur Erreichung gewisser Erfolge ‚Vorkehrungen zu treffen', erscheint die Verurteilung zur Vornahme bestimmter Einrichtungen überhaupt nicht als ein Teil, nämlich nicht als ein Minus, sondern als etwas anderes, eher gerade als ein Mehr, insofern sie den Beklagten in der Wahl seiner Mittel einengt."

---

[136]) Seuffert Bd. 34 Nr. 95.
[137]) RGE. Bd. 37 S. 172.

Daraus folgt, daß ein Klageantrag, der bestimmte Einrichtungen verlangt, auch eine gesetzlich unzulässige Mehrforderung bedeutet.

Die Unmöglichkeit, bestimmte Vorkehrungen zu fordern, geht aber auch noch aus folgenden Gründen hervor. Es wird sich stets um Vorkehrungen handeln, die nur der Unternehmer, als derjenige, welcher seine Anlage am besten kennt und zu beurteilen versteht, selbst richtig angeben kann, und es wird ein Dritter fast niemals in der Lage sein, so wie jener zu wissen, welche Einrichtungen tunlich und mit dem gehörigen Betrieb des Gewerbes vereinbar sind. Man kann hiergegen auch nicht einwenden, daß Sachverständige dies ebensogut wie der Unternehmer tun könnten, denn es besteht für den Besitzer der Anlage, welche die Immissionen verursacht, keine Verpflichtung, dem beschädigten Eigentümer oder einem von diesem abgeschickten Sachverständigen den Eintritt, die Ausforschung des Betriebes oder gar die Vornahme von Arbeiten darin zu gestatten.[138]) Dies würde eine gesetzlich nicht zulässige Beschränkung des freien Eigentums und eine erhebliche Gefährdung des Gewerbebetriebes und der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Unternehmers bedeuten.[139]) Es kann daher der Betroffene gar nicht bestimmte Einrichtungen verlangen, denn es fehlt ihm jedes Mittel, um zu ergründen, welche Handlung oder Einrichtung zur Unterlassung der Störung zweckmäßig oder möglich ist.

Ferner ist das Verlangen bestimmter Einrichtungen auch aus dem Grunde ausgeschlossen, weil der Unternehmer seinerseits die Einrichtungen gar nicht nach freiem Ermessen vornehmen kann.[140]) Der Eigentümer der genehmigungspflichtigen Anlage ist nach § 25 GO. angehalten, zu jeder Änderung seiner Betriebsanlage die behördliche Genehmigung einzuholen, und er macht sich bei Übertretung dieser Vorschriften nach § 147 Nr. 2 GO. strafbar. Man wird zwar hierunter nur eine wesentliche Änderung zu verstehen haben,[141]) aber eine solche Einrichtung wird in den meisten Fällen wesentlich zu nennen sein.

Schließlich ist eine Verurteilung des Beklagten zu einem bestimmten Verhalten in Ansehung derjenigen Grundstücke, die er selbst inne hat, überhaupt unstatthaft.[142])

Aus alledem geht hervor, daß der Betroffene nach § 26 nicht berechtigt oder verpflichtet ist, die Herstellung von bestimmten Einrichtungen zu verlangen.

Wie der Betroffene mit dem ganz allgemein gehaltenen Urteil zu seinem Recht kommt, ist Sache der Zwangsvollstreckung. Hierbei ist die Frage von großer Bedeutung, ob die Vornahme der Einrichtungen eine vertretbare oder unvertretbare Handlung ist, ob sie also nach § 887 oder § 888 ZPO. zu beurteilen ist. Für die Bestimmung, ob die Handlung

---

[138]) Rassow in Gruchot Bd. 43 S. 681.
[139]) Hörle S. 376.
[140]) RGE. Bd. 36 S. 178.
[141]) Landmann Bd. 1 S. 191; Rohrscheidt S. 83.
[142]) RGE. Bd. 37 S. 172.

im Sinne des § 888 ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, ist lediglich der Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung maßgebend.[143]) Vernünftigerweise kann von einer Anwendung der Zwangsmaßregeln nur dann die Rede sein, wenn die Möglichkeit eines Erfolges von ihnen zu erwarten ist. Kann der Schuldner die urteilsgemäße Leistung nicht erfüllen, so ist jede Zwangseinwirkung auf seinen Willen ausgeschlossen, ganz gleich, ob die Unmöglichkeit der Leistung vor oder nach dem Urteil, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung nachgesucht worden ist, eingetreten ist.[144]) Dadurch aber, daß die Mitwirkung der Behörde bei der Vornahme der Einrichtungen erforderlich ist, wird die Handlung nicht ohne weiteres dem ausschließlichen Willen des Beklagten entzogen, sondern dies ist nur dann der Fall, wenn der substantiierte Antrag bei der Behörde rechtzeitig eingereicht war und diese die Genehmigung zu der Vornahme der Einrichtungen versagt hat.[145])

Während nun insoweit Übereinstimmung herrscht, daß das Urteil nicht auf Vornahme bestimmter Einrichtungen lauten darf, besteht über die Art der Zwangsvollstreckung eine Meinungsverschiedenheit, ob das Urteil nach den Grundsätzen einer vertretbaren oder unvertretbaren Handlung zu vollstrecken ist. Das Reichsgericht sagt hierüber[146]):

> „Das Urteil, wonach die Beklagte an ihrer Fabrik derartige Einrichtungen anzubringen habe, kann nicht auf Grund des § 888 ZPO., wie der Kläger beantragt hat, nämlich durch Erwirkung der Strafandrohung für den Fall, daß solche Einrichtungen nicht binnen bestimmter Frist getroffen werden, zur Zwangsvollstreckung gebracht werden. Welche bestimmten Einrichtungen getroffen werden sollen, ist weder in dem Urteil noch in dem Zwangsvollstreckungsantrage des Klägers noch in dem darauf ergangenen Beschluß des Landgerichts gesagt. Solange dies aber ungewiß ist, läßt sich nicht beurteilen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Vollstreckung auf Grund des § 888 statthaft ist, nämlich ob die zu vollstreckende Handlung nicht durch einen Dritten vorgenommen werden, und ob dieselbe ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt. Insbesondere kann letzteres um so weniger dann ohne weiteres angenommen werden, wenn es sich darum handelt, Einrichtungen zu treffen, die eine bestimmte Wirkung erzielen, von der es aber ungewiß ist, ob sie überhaupt oder durch welche Maßregeln erzielt werden kann."

Es ist klar, daß der Betroffene auch nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren in der Lage ist, zu bezeichnen, welche Vorkehrungen erforderlich sind, denn die vorhin angegebenen Gründe, die gegen diese Bezeichnung im Klageantrag und im Urteil sprechen, gelten auch hier. Rassow bemerkt zu diesem Beschluß des Reichsgerichts folgendes:

---

[143]) Gaupp-Stein Bd. 2 S. 697.
[144]) RGE., Gruchot Bd. 41 S. 1198.
[145]) RGE. Bd. 39 S. 418.
[146]) Beschluß Gruchot Bd. 43 S. 681.

„Es fehlt dem Kläger jedes Mittel, um zu ergründen, welche Handlung oder Einrichtung behufs Beseitigung der Störung zweckmäßig ist. Wenn es sich um Vornahmen von Einrichtungen handelt, welche nur kraft eines Willensaktes der verurteilten Beklagten getroffen werden können, und deren Ausführung einer Erlaubnis des Beklagten bedarf, so ist dies eine ausschließlich von dem Willen des Beklagten abhängige Handlung. Durch welche Hilfspersonen der Beklagte sie ausführen lassen will, ist für die Beurteilung in dieser Richtung gleichgültig. Deshalb ist § 888 anzuwenden. In welche Lage versetzt man den Kläger, wenn man ihn im Prozesse nur für verpflichtet hält, die Eigentumsstörung nachzuweisen, ohne die Mittel, durch welche diese beseitigt werden kann, anzugeben, dagegen ihn in der Zwangsvollstreckungsinstanz verpflichtet, die erforderlichen Einrichtungen bestimmt anzugeben. § 887 paßt schwerlich, weil ohne den Willen des Beklagten Änderungen an der Fabrik oder dem Fabrikgrundstück nicht vorgenommen werden dürfen, und überhaupt der Kläger nicht ermitteln kann, welche Einrichtungen zweckmäßig oder notwendig sind. Der Kläger wird in vielen Fällen nach den von dem Reichsgericht angenommenen Grundsätzen rechtlos. Soll das Gericht in einem derartigen Fall bei Ausführung der Zwangsvollstreckung auf Grund einer oft weitläufigen Beweisaufnahme unter Zuziehung von Sachverständigen erörtern und entscheiden, ob der Kläger die richtigen Einrichtungen verlangt, und seinen Antrag, wenn dies verneint wird, kostenpflichtig abweisen? § 26 GO. gebietet dem auf Unterlassung gerichteten petitum der Negatorienklage erst einen Halt, wenn der Fabrikbesitzer durch die erforderlichen Einrichtungen oder Veränderungen zu einer Einstellung seines Gewerbebetriebes genötigt sein würde. Ist dies nicht der Fall, so braucht der Grundbesitzer sich nicht mit Geld abfinden zu lassen, sondern er kann Unterlassung der Immissionen fordern. Diese Absicht des Gesetzgebers wird gefährdet oder gar vereitelt, wenn der Grundbesitzer klarlegen und nachweisen soll, wie die Fabrik eingerichtet werden muß, um sein Eigentum nicht rechtswidrig zu schädigen. Es handelt sich nicht um eine alternative Verpflichtung, bei der das Wahlrecht infolge des Verzuges des Beklagten auf den Kläger übergeht. Es ist also § 888 anwendbar und es steht nur dem Beklagten die Einrede nach § 26 zu."

Wir haben es daher bei der Vornahme von Einrichtungen in jedem Fall mit einer nicht vertretbaren Handlung zu tun, die nur der Unternehmer selbst ausführen kann. Die Vorschrift des § 888 ZPO., daß der Unternehmer durch Geld- oder Haftstrafen dazu angehalten werden kann, bietet wohl nicht immer ein genügendes Hilfsmittel für den Betroffenen, denn es ist der Fall denkbar, daß der reiche Unternehmer, den die herzustellenden Einrichtungen sehr viel kosten würden, lieber die Geldstrafe bis zu 1500 Mk. bezahlt und die Haftstrafe verbüßt, event. durch eine vorgeschobene Person absitzen läßt, als daß er die Einrichtungen herstellt. Hier greifen dann § 893 ZPO. und § 283 BGB. ein, von denen der letztere bestimmt, daß der Betroffene dem andern zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist setzen kann, mit der Erklärung, daß er

nachher die Leistung ablehne. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann er dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, außer wenn der Immittent die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Das letztere wird z. B. dann der Fall sein, wenn die zuständige Behörde zur Vornahme der Änderungen die Genehmigung nicht erteilt. Hier aber greift wieder § 26 GO. ein, denn dann sind eben diese Einrichtungen tatsächlich unvereinbar mit dem Gewerbebetrieb und der Betroffene kann aus diesem Grunde Schadloshaltung verlangen. Es kommt demnach schließlich bei fortgesetzter Weigerung der Immittenten, nach endgültiger Erschöpfung der Strafen, doch dahin, daß der Betroffene wohl oder übel statt der verlangten Einrichtungen die Geldentschädigung hinnehmen muß, mag diese nun Schadloshaltung nach § 26 GO. oder Schadensersatz nach § 283 BGB. sein.

§ 9.

Die Anwendung des § 823 BGB. und die Widerrechtlichkeit der Immissionen.

Der entscheidende Moment bei der Eigentumsfreiheitsklage und ihren Modifikationen ist der, in welchem die Gutgläubigkeit des Immittenten aufhört. Dieser Zeitpunkt tritt dann ein, wenn der Handelnde weiß, daß er einen anderen schädigt, denn dann schädigt er nicht mehr ohne zu wissen oder zu wollen, sondern er greift bewußt in die Rechtssphäre des Betroffenen ein. Der späteste Termin hierfür ist der Moment der Klagezustellung, er kann aber auch früher eintreten, wenn nämlich der Betroffene den Immittenten auf die übermäßigen schädlichen Einwirkungen aufmerksam gemacht hat. Es kann dem Störer die Unterlassung einer nicht verschuldeten Störung erst von dem Zeitpunkt an angesonnen werden, in welchem er zur Unterlassung der Störung aufgefordert ist.[147]) Die Gutgläubigkeit ist mit der Aufforderung beseitigt,[148]) denn jetzt wußte der Immittent, daß er den anderen schädigte, und er hatte die Pflicht, dies abzustellen. Durch die Klage ist er ins Unrecht gesetzt,[149]) und wenn trotz des Protestes die Störungen weiter fortgesetzt werden,[150]) dann liegt eine wissentliche Verletzung des Eigentums eines anderen vor, die nach den Grundsätzen einer unerlaubten Handlung zu beurteilen ist. Die Aufforderung oder der Protest brauchen nicht in besonderer Form zu geschehen, es genügt, daß dem Immittenten klar gemacht wird, daß er in das Eigentum eines anderen in unzulässiger Weise eingreift; setzt er dann die Beeinträchtigungen weiter fort, ohne sicher zu sein, daß der andere dies dulden muß, was er am besten durch eine Feststellungsklage erreichen

---

147) Linckelmann, Zwei Fragen S. 240.
148) RGE., JW. 1898 S. 401.
149) RGE., JW. 1902 S. 70.
150) RGE. Gruchot Bd. 44 S. 1094.

kann, dann handelt er auf seine eigene Gefahr,[151]) da er damit rechnen muß, im Prozeß zu unterliegen. Wird er dann wirklich verurteilt, so gilt diese Verurteilung als in dem Moment erfolgt, in welchem der Anspruch rechtshängig geworden ist.[152]) Für die Zeit von der Aufforderung oder der Klageerhebung bis zur Erfüllung des Urteils durch den Immittenten, wenn dieses auf Unterlassung lautet, hat also der Betroffene den Schadensersatzanspruch aus § 823; will sich der andere gegen dieses Begehren sichern, dann hat er mit der Aufforderung die Beeinträchtigungen zu beseitigen und neue zu unterlassen und erst den Ausgang des Prozesses abzuwarten. Das gleiche gilt bei einer Verurteilung aus § 26 GO.: Geht das Urteil auf Vorkehrungen zur Beseitigung des Übermaßes der Immissionen, dann ist nach § 823 Schadensersatz für die Zeit von der Aufforderung oder Klageerhebung an bis zur Vornahme der Einrichtungen zu gewähren, wenn nicht der Störer bis dahin die Immissionen einstellt, und dies ist entsprechend auch bei einer Verurteilung zur Schadloshaltung anzuwenden.

Für eine weitere Schadensersatzforderung, d. h. für die Zeit vor der Klageerhebung oder Aufforderung, können verschiedene Ansprüche in Frage kommen, der Eigentumsfreiheitsanspruch, der Anspruch aus einer unerlaubten Handlung, aus Vertrag und aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Betrachten wir zunächst den ersteren. Daß mit der Eigentumsfreiheitsklage Entschädigung von dem Zeitpunkt der Mahnung oder Klagezustellung an bis zu dem Moment, wo die Immissionen unterlassen werden oder die abhelfenden Einrichtungen fertig sind, unter Umständen gefordert werden kann, oder wenn die Einrichtung untunlich oder mit einem gehörigen Betrieb des Gewerbes nicht vereinbar sind, überhaupt von da ab für die Zukunft, solange die Immissionen fortdauern, haben wir im Vorstehenden entwickelt. Hier aber handelt es sich darum, ob mit dieser Eigentumsfreiheitsklage auch Ersatz des früheren Schadens verlangt werden kann, der vor der Klageerhebung oder der Aufforderung eingetreten ist. Diese Frage ist für das heutige Recht unbedingt zu verneinen. Die Klage aus der Eigentumsstörung, die weder nach § 1004 noch § 903 oder § 906 ein Verschulden erfordert, geht nur auf Beseitigung der Beeinträchtigung und auf künftige Unterlassung; an keiner Stelle ist ein Schadensersatzanspruch erwähnt. Die Klage ist vielmehr, wie vorhin ausgeführt, eine rein dingliche, und selbst die Verletzung eines dinglichen Rechts, auch wenn sie schädlich gewesen ist, verpflichtet nicht ohne weiteres zum Schadensersatz.[153]) Hieraus folgt, daß, wenn ein Ersatz des vorher entstandenen Schadens gefordert wird, dieser aus anderen Gesetzesvorschriften besonders begründet sein muß, und in diesem Sinn hat sich auch die herrschende Meinung ausgesprochen.[154]) Die Ansicht Endemanns[155]):

[151]) RGE. Bd. 6 S. 217.
[152]) § 267 ZPO.; §§ 291, 292 BGB.
[153]) RGE., Gruchot Bd. 27 S. 891.
[154]) Planck Bd. 3 S. 278; Förster-Turnau S. 303; Dernburg Bd. 3 S. 389.
[155]) Bd. 2 S. 360; ähnlich: Obertribunal bei Seuffert Bd. 31 Nr. 116.

„Der allgemeine Anspruch auf Schadensersatz ist aber gleichwohl als begründet zuzugestehen, wenn durch den Eingriff Sachgüter zerstört oder beschädigt, oder sonstwie die Wiederherstellung in Natur unmöglich geworden ist",

ist nicht zu rechtfertigen.[156]) Die Beseitigung der Beeinträchtigung besteht zwar in der Wiederherstellung des früheren Zustandes; sie kann aber doch nur verlangt werden, wenn sie überhaupt denkbar ist, wenn also die Wiederherstellung des früheren Zustandes möglich ist oder wenigstens ein entsprechender Zustand hergestellt werden kann. Dies ist aber sehr oft nicht denkbar und auch nicht möglich. Denken wir an ein früheres Beispiel: die Gase sind nicht mehr zu beseitigen und der für die Vergangenheit dadurch neuhergestellte Zustand, daß die einzelnen Blumen- und Gemüsearten nicht Ertrag gebracht haben, ist unmöglich für die Vergangenheit zu beseitigen. Daher kann eine Verurteilung auf Beseitigung nicht erfolgen.[157]) Wenn Endemann den § 893 ZPO. und § 283 BGB. heranzieht, um eine Schadensersatzpflicht zu beweisen, so übersieht er, daß hier gar keine Verurteilung eintreten kann, daß also auch eine Nachfrist und der darauffolgende Schadensersatzanspruch unmöglich sind. Ebensowenig ist es, wie wir gesehen haben, möglich, den § 251 Abs. 1 BGB. hier anzuwenden, wenn die Herstellung in Natur nicht mehr möglich ist. Die beiden Entscheidungen des Reichsgerichts,[158]) auf die Endemann sich beruft, handeln zwar von Schädigungen, die vor der Rechtshängigkeit eingetreten sind; wenn er aber angibt, daß dort unverschuldete Immissionen gemeint sind, so hat er nicht beachtet, daß das Reichsgericht in der zweiten Entscheidung sagt:

„Die actio negatoria wird auch auf Ersatz des vor ihrer Anstellung erwachsenen Schadens gegeben, dies jedoch nur dann, wenn zu dem objektiv rechtswidrigen Eingriff noch ein besonderer, die Schadensersatzpflicht begründender Umstand hinzutritt",

wobei dann allerdings das Reichsgericht den Begriff des Verschuldens allzuweit ausdehnt. Es kann demnach mit der bloßen Eigentumsfreiheitsklage kein Schadensersatz für die Zeit, in der der Immittent gutgläubig gehandelt hat, gefordert werden. Wenn ein besonderer Umstand, der nach geltendem Recht regelmäßig nur subjektives Verschulden sein kann, hinzutritt, dann haben wir es mit einer Deliktsklage zu tun, die mit dem Eigentumsfreiheitsanspruch akzessorisch verbunden werden kann.[159])

Der Anspruch auf Schadensersatz kann sich auch auf andere gesetzliche Bestimmungen gründen. Es kommen noch drei in Betracht: die aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus Vertrag und aus einer unerlaubten Handlung. Die beiden ersten Fälle werden meist von vornherein ausscheiden, da einerseits eine ungerechtfertigte Bereicherung durch Immissionen

---

[156]) Biermann S. 209.
[157]) vgl. Anm. 75.
[158]) Bd. 10 S. 142, Bd. 30 S. 114.
[159]) Scherer Bd. 2 S. 1268.

kaum denkbar ist, und andererseits ein Vertrag, durch den sich der Unternehmer zum Schadensersatz verpflichtet, selten vorliegen wird. Es kann sich daher ein weiterer Entschädigungsanspruch nur auf das Vorliegen einer unerlaubten Handlung stützen.[160]) Es käme dann § 823 BGB. in Betracht, welcher lautet:

> „Wer vorsätzlich oder fahrlässig . . . das Eigentum . . . eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem andern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

Wir haben hier drei Voraussetzungen, die der Kläger beweisen muß, da sie klagebegründende Tatsachen sind: die schuldhafte Verursachung, die Rechtswidrigkeit des Tuns und den Kausalzusammenhang zwischen den Immissionen und dem Schaden.

Ob der Kausalzusammenhang vorliegt, werden die Untersuchungen von Sachverständigen feststellen können.

Dagegen ist es fraglich, ob der Immittent rechtswidrig gehandelt hat, wenn er die obrigkeitliche Genehmigung zu der Errichtung seiner Anlage erhalten hat; er kann einwenden, daß von einem Delikt dort nicht die Rede sein könne, wo ein Recht oder eine Befugnis vorliegt, in fremdes Eigentum einzugreifen.[161]) Ist dies als begründet anzusehen? Bei einer Entscheidung dieser Frage finden wir drei Meinungen besonders in der Praxis vertreten. Die erste geht dahin: Der Unternehmer hat die Konzession bekommen und sie nicht überschritten, folglich ist seine Handlung nicht widerrechtlich und er ist nicht ersatzpflichtig.[162]) Denn wenn die Verwaltungsbehörde, die auch voraussehen kann, daß irgend welche Schädigungen eintreten werden, die Erlaubnis gibt, daß der Unternehmer seine Anstalt errichten darf, so liegt hierin die Anordnung, daß sich die anderen Leute alle Nachteile gefallen lassen müssen, die bei dem ordnungsmäßigen Betrieb unvermeidlich sind.[163]) Hiergegen muß man zuerst einwenden, daß die Behörde meist gar nicht in der Lage ist, die Schädigungen zu erkennen und vorauszusehen, die bei einem solchen Betriebe entstehen können, daß sie also diese gar nicht berücksichtigen kann. Weiter spricht gegen diese Auffassung der § 26 GO., der trotz der Konzession bei benachteiligenden Einwirkungen den Anspruch auf Einrichtungen oder auf Schadloshaltung zuläßt. Diese Vorschrift wäre nicht möglich, wenn die Konzession die erwähnte Bedeutung hätte.

Die zweite Ansicht ist, daß die Konzession nur unter der Voraussetzung der Schadloshaltung geschehen kann, und daß sie dem Unternehmer stillschweigend und selbstverständlich die Verpflichtung aufbürdet, allen durch den Betrieb entstandenen Schaden zu ersetzen, auch wenn der Betrieb ein ordnungsmäßiger und den Konzessionsbedingungen entsprechender ist.[164]) Daß diese Ansicht aber nicht berechtigt ist, folgt einmal daraus, daß am

---

[160]) RGE., JW. 1903 S. 569.
[161]) Liszt, Deliktsobligationen S. 85.
[162]) OHG. Mannheim, bei Merkel S. 114.
[163]) OLG. Kolmar, Puchelt Bd. 19 S. 319.
[164]) OAG. München, Seuffert Bd. 14 Nr. 208.

7. 6. 1871 ein besonderes Gesetz erlassen werden mußte, das die Haftpflicht für gefährliche Betriebe, vor allem für Eisenbahnen, besonders ausdehnte, was nicht erforderlich gewesen wäre, wenn die Konzession eine derartige Auflage enhielte. Andererseits findet auch diese Ansicht keine Stütze im Gesetz, da eine Schadensersatzpflicht nur bei Verschulden besteht; man kann sich auch nicht auf § 26 GO. berufen, da hier die Schadloshaltung nur an die Stelle der nicht möglichen Einrichtungen tritt, sich also nur auf den Schaden in der Zukunft bezieht.

Die herrschende Meinung ist die dritte, daß die Konzession nichts mit den privatrechtlichen Ansprüchen zu tun hat.[165]) Die Behörde ist nicht dafür da, einzelne zu schützen, sondern sie hat für die Allgemeinheit zu sorgen. Freilich liegt in der Konzession die Ansicht, daß die Anlage so erhebliche Gefahren und Nachteile nicht bietet, daß der Betrieb ganz oder gar zu hindern wäre; es liegt aber auch zugleich die Anordnung der Staatsgewalt darin, daß die Grundeigentümer sich die nachteiligen Einwirkungen gefallen lassen müssen, ohne die der Betrieb nicht ausführbar ist. Hiermit ist aber nicht gesagt, daß nun der Betroffene zugunsten des Unternehmers vollständig rechtlos gemacht werden soll. Gegen diese Auffassung spricht auch der § 17 GO. nicht, welcher bestimmt, daß alle Einwendungen, die nicht auf — besondern — privatrechtlichen Titeln beruhen, vor der Genehmigung innerhalb einer Präklusivfrist anzubringen sind, wozu auch die nachbarrechtlichen Einwendungen gehören. Denn einerseits kann man in dem Stillschweigen nicht einen Verzicht auf die Geltendmachung jener Ansprüche erblicken, sondern es enthält nur die Erwartung, daß sich die Anlage nicht als schädlich erweisen wird.[166]) Dies muß um so mehr dann gelten, wenn der Schaden nicht voraussehbar ist. Ferner kann man dem Gesetz nicht die Absicht unterstellen, dem Grundeigentümer zugunsten des Unternehmers ohne Entschädigung sein Recht zu entziehen; schließlich spricht für diese Auffassung der Gebrauch des Wortes „Schadloshaltung", das man mehr für eine auf Grund eines Gesetzes als auf einem Delikt beruhende Entschädigungspflicht anzuwenden pflegt.[167]) Es steht also die obrigkeitliche Genehmigung einer Anlage nicht dem Anspruch aus einer privaten Rechtswidrigkeit entgegen, sondern sie regelt nur die öffentlichen Rechtsverhältnisse. Freilich kommen wir auch mit dieser Auffassung nicht aus den Schwierigkeiten heraus, denn es geht wohl nicht an, etwas als öffentlichrechtlich erlaubt und als privatrechtlich rechtswidrig hinzustellen; es kann vielmehr eine Handlung immer nur rechtmäßig oder rechtwidrig sein. Sehen wir das konzessionierte Unternehmen als rechtmäßig an, dann läßt sich niemals ein Ersatzanspruch für die Zeit vor der Klageerhebung konstruieren, denn dazu ist Rechtswidrigkeit verlangt; sehen wir das Unternehmen aber trotz der Konzession

---

[165]) vgl. Obertribunalentscheidung Bd. 23 S. 252; RGE. Bd. 6 S. 217, Bd. 47 S. 98, Bd. 50 S. 226, Gruchot Bd. 27 S. 907.

[166]) Obertribunalentscheidung Bd. 23 S. 252.

[167]) vgl. § 829 BGB.

als rechtswidrig an, dann können wir uns nicht davor retten, daß man konsequenterweise den Unternehmer, wenn er den Schaden mit Sicherheit oder mit ziemlicher Sicherheit voraussieht und doch den Betrieb anlegt oder unterhält, unbedingt wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung bestrafen müßte, wenn ein dementsprechender Antrag gestellt würde, ein Resultat, das wohl niemals gezogen werden wird.

Der Fehler liegt eben in der Fassung des § 1004 BGB., daß die Schadloshaltung hier nicht auch an die Stelle der unmöglichen Beseitigung tritt, wie dies bei der Schadloshaltung nach § 26 GO. bei den unmöglichen Einrichtungen geschieht, und es würde sich sehr empfehlen, solange wir kein besonderes Gesetz haben, das die Haftung für Schäden bei derartigen Betrieben regelt, die Fassung dahin abzuändern, daß, wenn eine Beseitigung der Beeinträchtigung nicht möglich ist, an die Stelle dieses Anspruches wie im § 251 Abs. 1 BGB. die Ersatzpflicht in Geld tritt. Eine bloße Verweisung auf die Schadensersatznormen wäre nicht angebracht, sonst würde auch Abs. 2 a. a. O. Anwendung finden, wonach der Immittent den andern in Geld entschädigen könnte, wenn ihn die mögliche Herstellung zuviel kosten würde. Bei einer derartigen Abänderung müßte der Immittent, ganz gleich, ob seine Anlage genehmigungspflichtig ist oder nicht, die Störung beseitigen oder Schadensersatz leisten, und gegen die künftigen Störungen könnte der Betroffene wie auch jetzt auftreten. So müßte dann der Immittent in jedem Falle die Folgen seines Handelns auf sich nehmen.

Nun gehört, um eine Schadensersatzpflicht nach § 823 konstruieren zu können, zu der Rechtswidrigkeit des Handelns und dem Kausalzusammenhang auch die schuldhafte Verursachung. Bei einer Haftungspflicht kommen zwei Prinzipien in Betracht: die für den eingetretenen Erfolg, auch wenn kein Verschulden vorliegt, das sogen. Verursachungsprinzip, und die Haftung auf Grund eines Verschuldens. Bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde die Frage viel erörtert, welcher Regelung sich das neue Gesetz anschließen solle. Die Erfolgshaftung wurde abgelehnt unter folgender Begründung [168]):

> „Die Verknüpfung der Haftung mit der Verursachung des Schadens sei eine Erscheinung, die sich in allen Rechten niederer Kulturstufen finde, bei denen der Schuldbegriff noch nicht ausgebildet und der Unterschied zwischen der verschuldeten und der nicht verschuldeten Schadenszufügung noch nicht erfaßt sei. Die Aufstellung des Grundsatzes, daß die Schadensersatzpflicht ein Verschulden voraussetze, sei das Ergebnis einer höheren Kulturentwicklung. Man brauche bei seinem Tun und Lassen auf die rechtlich geschützten Interessen der andern nur insoweit zu achten, als man bei Anwendung ordnungsgemäßer Sorgfalt erkennen müsse, daß dieselben dadurch gefährdet werden können. Eine Handlung, deren Gefährlichkeit für einen anderen man ungeachtet

[168]) Protokolle Bd. 2 S. 568 f.

einer sorgfältigen Prüfung nicht zu erkennen vermöge, dürfe vorgenommen werden; äußere sie dennoch schädliche Wirkungen auf den Rechtskreis eines anderen, so müsse der Betroffene diese Wirkungen wie einen Zufall hinnehmen. Eine andere Frage sei, ob nicht unter Umständen in einzelnen Fällen von der Durchführung des Verschuldungsprinzips aus Rücksichten der Gerechtigkeit und Billigkeit abgesehen werden müsse."

Ob diese Auffassung im allgemeinen berechtigt ist, ist hier nicht zu untersuchen. Es hätte aber die Kommission wenigstens eine Ausnahme für die Großunternehmer aufstellen müssen. Es war doch nicht unbekannt, wie sich die Praxis seit Jahrzehnten bemühte, ohne besondere gesetzliche Regelung einen annehmbaren und gerechten Ausgleich zwischen der Kollision der entgegengesetzten Interessen zu schaffen. Es war ferner doch auch nicht unbekannt, wie sehr die Praxis der verschiedenen Gerichtshöfe, auch der höchsten, schwankte, und was für direkt unmögliche Konstruktionen angewendet werden mußten, um das gewünschte Resultat zu erreichen. Daher kann es nicht als gerechtfertigt erscheinen, wenn die Motive[169]) ausführen, daß für den Ersatz des verursachten Schadens die allgemeinen Bestimmungen für ausreichend zu erachten sind, und daß es an Gründen fehlt, an die hier fraglichen Tatbestände die Verpflichtung zum Schadensersatz zu knüpfen. Es handelt sich eben in Wahrheit um die Verteilung des Schadens, der aus rechtmäßigen Handlungen für andere erwachsen ist,[170]) und diese Regelung würde doch keinen Rückfall in eine niedere Kulturstufe bedeuten, was die stets wachsende Zahl der diesbezüglichen Spezialgesetze auch erkennen läßt. Es gab schon verschiedene Ausnahmen von dem Verschuldungsprinzip,[171]) die auch gegen Großunternehmer gerichtet waren, und es war doch naheliegend, diese Regelung gesetzlich für die Kategorie der gefährlichen Betriebe überhaupt auszudehnen. Man kann ferner nicht sagen, daß eine derartige Bestimmung dem Gerechtigkeitsgefühl nicht entsprochen hätte, denn es erscheint nur als billig, daß der Unternehmer, der die Erlaubnis zu dieser gefährlichen Anlage bekommt, auch für allen Schaden beim Betriebe haften muß, ganz gleich, ob er diesen voraussehen konnte oder nicht. In seinem Interesse läßt er die Anstalt errichten, er zieht daraus den Gewinn, und er dürfte daher auch nicht den Schaden, der dabei entsteht, auf andere abwälzen. Wenn ihn auch keine Schuld trifft, wenn der Schaden auch nicht voraussehbar war, warum soll der Betroffene, der das Unternehmen doch gar nicht gewünscht und in Betrieb gesetzt hat, der schon ohnedies sehr viele Unannehmlichkeiten und vielleicht auch Vermögensverluste dadurch erleidet, den angerichteten Schaden außerdem noch tragen müssen?[172]) Wenn man auch nicht sagen kann, daß der Be-

---

[169]) Motive Bd. 2 S. 763.
[170]) Merkel S. 145.
[171]) vgl. preuß. Berggesetz § 148, Haftpflichtgesetz §§ 1 und 2.
[172]) vgl. die Schriften von Unger, Steinbach, Merkel, Mataja.

troffene noch viel schuldloser ist als jener,[173]) denn die Unschuld kann nicht verschiedene Abstufungen haben,[174]) und jener ist meist schuldlos, so entspräche es doch dem Gerechtigkeitsgefühl, dem wirtschaftlich Stärkeren, und dies ist fast ohne Ausnahme der Unternehmer, den durch den Betrieb entstandenen Schaden tragen zu lassen, da er andererseits auch die Vorteile seines Unternehmens genießt.[175])

Trotzdem lehnte die Kommission in der zweiten Beratung es ab, für derartige Fälle besondere Rechtssätze aufzustellen, nämlich für den Unternehmer eines mit gemeiner Gefahr verbundenen Betriebes bezüglich der aus dem Betrieb entspringenden Gefahren; man beschloß, dies der Landesgesetzgebung vorzubehalten.[176])

Das Verschulden kann nach dem Gesetz aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit bestehen; beides kann hier in Betracht kommen. Das Unternehmen muß also, wenn der Immittent wegen schuldhafter Verursachung haftbar gemacht werden soll, betrieben worden sein, trotzdem der Erfolg der Schädigung vorausgesehen wurde oder werden konnte. Was ist nun unter dem Begriff „Voraussehbarkeit" zu verstehen? Es ist natürlich nicht erforderlich, daß man die Folgen bereits als ein ganz genau abgegrenztes und scharf umrissenes Bild vor sich gesehen hat; dies wird vielmehr sehr selten sein, und wenn wir die Voraussehbarkeit so einschränken wollten, würde eine Verurteilung in wenigen Fällen möglich sein. Andererseits aber muß man unbedingt verlangen, daß der Handelnde mindestens die Folgen, wenn auch nur in allgemeinen Umrissen, voraussehen konnte;[177]) stellte er sich diesen Erfolg vor, dann haben wir es mit direktem Vorsatz zu tun, billigte er den als möglich vorausgesehenen Erfolg, dann eventueller Vorsatz, hätte er diesen Erfolg voraussehen können, dann liegt Fahrlässigkeit vor.[178]) Diese Unterscheidung kommt aber für das Zivilrecht nicht weiter in Betracht, denn die Grenze ist oft sehr schwer zu ziehen, und im Zweifel hat der Täter, welcher den Schaden, ganz gleich ob vorsätzlich oder fahrlässig, herbeigeführt hat, denselben auch zu tragen; der Beschädigte hat ein Anrecht darauf, daß

---

[173]) Bähr S. 407.

[174]) Planck, Dogmat. Jahrb. Bd. 75 S. 390.

[175]) Eine ähnliche Frage tritt uns auch bei dem entschuldbaren Irrtum entgegen; das Reichsgericht hat aus diesem Grunde in einer Entscheidung — Bd. 6 S. 217 — die Ersatzpflicht verneint, und auch nach geltendem Recht ist meist ebenso zu urteilen. Der erste Entwurf sprach dies in § 707 besonders aus, es wurde aber dann als selbstverständlich fortgelassen (Planck Bd. 2 S. 610). Auch hier ist die Frage, wer die Gefahr des Irrtums tragen soll, und es fordern Gerechtigkeit und Billigkeit, daß der wenn auch im entschuldbaren Irrtum Handelnde den angerichteten Schaden zu ersetzen verpflichtet ist (Unger, Handeln S. 50).

[176]) Unger, Handeln S. 96.

[177]) Liszt, Strafrecht S. 162.

[178]) Liszt, Deliktsoblig. S. 54f.: Wir müssen den herrschenden strafrechtlichen dolus-Begriff auch auf das BGB. übertragen; Motive Bd. 2 S. 280; Endemann Bd. 1 S. 636; Planck Bd. 1 S. 37.

ihm voller Schadensersatz zuteil werde.[179]) Es muß aber stets, wenn man die Handlung dem Betreffenden zurechnen will, die Möglichkeit vorgelegen haben, den Erfolg im großen und ganzen, also in den Hauptrichtungen seines späteren Inkrafttretens zu übersehen.[180]) Ist keine Möglichkeit einer Voraussicht, dann liegt kein Verschulden, sondern Zufall oder höhere Gewalt vor, für die niemand haftbar gemacht werden kann, außer wenn er auf Grund eines besonderen Gesetzes dazu verpflichtet ist.[181])

In den meisten Fällen wird nun eine Konstruktion des Verschuldens nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes versagen. Dies wird einmal überall da eintreten, wo es sich um Betriebe handelt, die nicht ganz genau den schon vorhandenen gleich sind, denn hier weiß der Immittent nicht, ob überhaupt Beeinträchtigungen eintreten und ob sie Schaden anrichten werden. Hier kann also niemals von Voraussehbarkeit geredet werden. Aber auch bei Betrieben, von denen ganz gleiche bereits bestehen, wird der Begriff der Verschuldung meist versagen. Selbst wenn die Immissionen vorauszusehen sind, ist damit doch nicht vorauszusehen, ob diese Schaden anrichten werden, ferner wo und inwieweit dieser Schaden eintreten wird. Bei § 823 BGB. kommt es aber nur auf das Erkennen des Erfolges der rechtswidrigen Handlung an.[182]) Der Immittent haftet nur, wenn sein Wille auf die Verletzung des fremden Rechtsgutes oder Rechtes gerichtet war.[183]) Hiervon kann man aber niemals reden, wenn der Täter weder die Möglichkeit des Schadens noch den eventuellen Ort oder das Maß dieses voraussehen konnte, denn die vorhandenen Verhältnisse sind an jedem Ort andere, und was an einer Stelle vielleicht Schaden verursacht, kann an der anderen Stelle bei anderen nachbarlichen Erwerbszweigen unschädlich oder auch ortsüblich sein.

Hieraus folgt, daß eine Konstruktion des Verschuldens mit Hilfe der Voraussehbarkeit in den meisten Fällen unmöglich sein wird, und daß der Betroffene, wenn eine Beseitigung der Beeinträchtigung nicht möglich ist, meist keinen Ersatz des vor der Klageerhebung entstandenen Schadens verlangen kann.

Wenn jedoch ein Verschulden des Immittenten nachzuweisen ist, dann haftet er für allen angerichteten Schaden, und diese Schadensersatzforderung steht dann nicht bloß dem Eigentümer und dem dinglich berechtigten, sondern auch dem obligatorisch berechtigten Besitzer zu, da das Recht dieses an seiner Sache mit der Übergabe dem reinen Obligationenrecht entwächst und zu einem Rechte wird, das jeder zu achten hat.[184])

Aus dieser Anwendung des Begriffes des Verschuldens folgt dann aber auch, daß jede Ersatzpflicht fortfällt, wenn der Täter, was besonders bei Immissionen sehr oft der Fall sein wird, in entschuldbarem Irrtum

---

[179]) Protokolle Bd. 2 S. 575.
[180]) RGE., DJZ. 9, 2 Spruchs. S. 21 und 22.
[181]) RGE. Bd. 11 S. 341, Bd. 30 S. 114.
[182]) Endemann Bd. 2 S. 1269; Liszt, Deliktsoblig. S. 55.
[183]) Planck Bd. 2 S. 610.
[184]) RGE. Bd. 59 S. 326.

gehandelt hat, da ein entschuldbarer Irrtum nach geltendem Recht eine Ersatzpflicht regelmäßig nicht begründet.[185])

§ 10.

Die Stellung der höchsten Gerichtshöfe bei Immissionsprozessen.

Wir haben gesehen, daß es der Billigkeit entsprechen würde, den Unternehmer für jeden Schaden beim Betriebe seiner Anlage haften zu lassen. „Was der Mensch Schlimmes verursacht hat, ob mit oder ohne Schuld, das muß er bessern."[186]) Dies ist der Standpunkt jedes unbefangen denkenden Menschen. Das frühere wie auch das jetzt geltende Recht verlangen aber zu der Schadensfügung noch das Verschulden. Ein besonderes Gesetz, durch welches der Unternehmer auf jeden Fall haftbar gemacht werden kann, ist bis jetzt noch nicht erlassen worden. Es ist der Praxis also wie bisher die schwierige und eigentlich unlösbare Aufgabe geblieben, einerseits die vorhandenen gesetzlichen Vorschriften anzuwenden und andererseits zu einem annehmbaren Resultat zu kommen. Das Gesetz verlangt Vorsatz oder mindestens Fahrlässigkeit, wozu erforderlich ist, daß der Unternehmer den Schaden im Sinne des Gesetzes voraussehen konnte; um zu dem gewünschten Ergebnis zu kommen, daß der Unternehmer, da er den Betrieb für sich ausnutzt und den Schaden besser tragen kann, zur Entschädigung verurteilt wird, dehnt man den Begriff des Voraussehbaren übermäßig aus, und legt dann dem Unternehmer Verschulden zur Last, in dem richtigen Gedanken, daß das Gesetz der Menschen wegen geschaffen ist und nicht die Menschen des Gesetzes wegen. Das Gesetz soll dazu dienen, menschliche Bedürfnisse zu befriedigen, und es erscheint, wenn dieses Ziel nicht erfüllt werden kann, besser, daß das Gesetz frei ausgelegt wird, und daß sogar Absichten, die dem Gesetzgeber ferngelegen haben, hineininterpretiert werden, als daß die menschlichen Lebensbedürfnisse nicht befriedigt werden können. Es muß eben die Praxis durch wenn auch zu weitgehende Auslegung dem Gesetzgeber vorarbeiten und den Weg ebnen. Bedenklich bleibt ein solches Verfahren doch immerhin, obwohl wir es auch sonst oft in der Rechtsentwicklung der Völker antreffen, aber wenn es wie hier vollständig dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit entspricht, können wir es doch nicht für unberechtigt halten. Von diesem Standpunkt aus müssen wir die Entscheidungen der Gerichtshöfe betrachten.

Wie hat nun die Praxis dieses Verschulden konstruiert? Noch im Jahre 1848 erklärte das preußische Obertribunal[187]):

---

[185]) Endemann Bd. 1 S. 1269; Oertmann S. 560; Planck Bd. 2 S. 610; anderer Meinung Liszt, Deliktsoblig. S. 57 f.

[186]) Binding, Normen; bei Unger, Handeln S. 131.

[187]) Zitiert in E. Bd. 23 S. 252.

„Die Voraussetzung, daß der Erfolg dem Handelnden als ein verschuldetes Unrecht imputiert werden könne, ist aber nicht vorhanden, wenn der Eigentümer durch Anlegung einer chemischen Fabrik auf seinem Grund und Boden mit polizeilicher Erlaubnis einen erlaubten und rechtmäßigen Gebrauch von seinem Eigentum macht; nicht das Entsteigen der Dämpfe aus einem Schornstein für sich allein, sondern das Niederschlagen dieser wirken nachteilig, und daher liege keine verschuldete Immission vor."

Das Obertribunal stellt hier die Ansicht auf, die auch Hesse[188]) vertreten hat, daß nur die unmittelbare Immission verboten werden könne und auch rechtswidrig sei; die mittelbare dagegen sei nicht rechtswidrig, weil hier die Weiterverbreitung durch Naturkräfte, denen der Handelnde nicht gebieten könne, geschehe. Es liege daher höhere Gewalt in dem Sinne vor, daß die Abwendung der Folgen auch durch die zweckmäßigsten Einrichtungen nicht hätte erfolgen können.[189]) Nun erforderte aber das stete Anwachsen der Industrie und die daraus folgende Zunahme der Belästigungen eine andere Regelung der Frage, um dem Betroffenen eine Entschädigung zusprechen zu können. Die eine Möglichkeit, diese Regelung durch ein Gesetz vorzunehmen, ist bis heute noch nicht geschehen, und deshalb konstruierte man ein Verschulden. Hierzu mußte die Auffassung beseitigt werden, daß der Unternehmer mit seiner Anlage in jedem Fall, soweit er sich in den Grenzen seiner Konzession hält, auch wenn er andere schädigt, einen erlaubten und rechtmäßigen Gebrauch von seinem Eigentum macht. Denn wenn die Handlung rechtmäßig ist, dann liegt selbst bei Verschulden kein Anspruch auf Schadenersatz vor, denn die Deliktsklage fordert ausdrücklich die Rechtswidrigkeit. Daß der Unternehmer, insoweit er in den Rechtskreis eines anderen eingreift, nicht rechtmäßig handelt, und daß die Konzession nur die öffentlichrechtlichen Verhältnisse regelt, haben wir vorhin ausgeführt.

Die grundlegende Entscheidung ist der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 7. 6. 1852.[190]) Dieser führt aus:

„In Fällen der vorliegenden Art ist ein objektives Kriterium, nicht aber ein dem Beschädiger zu imputierendes Verschulden Bedingung der Ersatzpflicht; dies Objektive liegt in dem Hinüberführen von Dämpfen, und hieraus folgt, daß die Anlage und der Gebrauch der Fabrik an sich schon zur Begründung des Entschädigungsanspruches ausreicht. Anlage und Gebrauch gehören zu den freien Handlungen, und deren unmittelbare Folgen muß der Unternehmer immer, die mittelbaren so weit vertreten, wie er sie voraussehen konnte. Wer eine solche Anstalt anlegt oder gebraucht, der kann auch voraussehen, daß Dämpfe durch die Luft auf das Nachbargrundstück geführt werden. Das Hinzutreten

---

188) vgl. Anm. 14.
189) Endemann Bd. 1 S. 649.
190) E. Bd. 23 S. 252; vgl. JW. 92 S. 24.

einer besonderen Verschuldung, vermöge deren die Immissionen dem Inhaber der Anstalt als ein erkanntes oder erkennbares Unrecht wider den Beschädigten auch subjektiv zuzurechnen sind, ist nicht erforderlich."[191])

Dieses Erkenntnis enthält verschiedene Unklarheiten. Zuerst ist gesagt, daß die Anlage und der Gebrauch der Fabrik schon genügen, um eine Ersatzverbindlichkeit zu begründen, und dann sucht man diese Verbindlichkeit mit Voraussehbarkeit zu begründen, indem man also das Vorliegen von Vorsatz oder wenigstens Fahrlässigkeit verlangt. Unverständlich ist aber weiterhin, daß eine besondere Verschuldung bei der Anlage der Fabrik oder dem Betrieb nicht gefordert wird. Hiermit sind besondere technische Fehler, die vermieden werden konnten, gemeint. Es genügt doch aber zur Schadenersatzpflicht, daß das objektive Unrecht subjektiv dem Täter zugerechnet werden kann, und dies ist schon dann der Fall, wenn jener den Schaden voraussehen konnte oder mußte. Wenn das Obertribunal aber das besondere Verschulden erwähnt und als Folge dieses hinstellt, daß die Immissionen dem Handelnden dann auch subjektiv zuzurechnen sind, so scheint daraus hervorzugehen, daß es die Voraussehbarkeit nicht als ein Moment ansieht, das subjektiv zuzurechnen ist. Den gleichen Unterschied zwischen voraussehbarem Schaden und besonderer Verschuldung finden wir in späteren Urteilen dieses Gerichts immer wieder,[192]) und leider hat auch das Reichsgericht[193]) diesen unklaren und direkt unhaltbaren Unterschied aufgenommen und weiter verwendet.

Zur Voraussehbarkeit ist, wie vorhin angegeben, erforderlich, daß man die Folgen wenigstens in allgemeinen Umrissen zu erkennen vermag. Von Voraussehbarkeit können wir aber doch dann nicht reden, wenn der Handelnde gar nicht weiß oder wissen kann, ob ein Schaden für andere eintreten wird, ferner wie und wo und in welcher Weise er eintreten wird. Denn hier ist das Bild der Folgen nicht einmal in ganz allgemeinen Zügen vorhanden, sondern es ist gar keine Vorstellung davon da und kann auch nicht da sein. Wenn es sich um Funken aus einer Lokomotive handelt, wird man wohl nicht sagen können, daß diese nicht voraussehbar gewesen sind, wenn gar keine Vorkehrungen zu ihrer Vermeidung getroffen sind; wenn das Obertribunal und das Reichsgericht[194]) Dämpfe bei einer chemischen Fabrik voraussehbar nennen, so ist dies zuzugeben, wenn sie aber damit den schädigenden Erfolg, die übermäßige Eigentumsstörung, voraussehbar nennen und darauf das Erfordernis des Verschuldens gründen, so ist dies nicht zu rechtfertigen. Denn der Handelnde weiß nicht und kann auch in den meisten Fällen gar nicht wissen, ob diese Dämpfe vielleicht nur belästigend oder schädigend wirken werden,

---

[191]) vgl. auch Striethorst Bd. 95 S. 1.

[192]) E. Bd. 40 S. 41; Striethorst Bd. 53 S. 193, Bd. 68 S. 189, Bd. 95 S. 1.

[193]) Bd. 17 S. 103, Bd. 30 S. 114, Bd. 32 S. 337; Gruchot Bd. 32 S. 890, Bd. 45 S. 1016, Bd. 46 S. 1008.

[194]) Bd 39 S. 268.

wie der Schaden sein wird, in welcher Weise und wo er eintreten wird, und ob die eventuellen Einwirkungen stärker sein werden, als der andere nach § 906 ertragen muß. Wenn der Fall so liegt, kann man wohl kaum von Voraussehbarkeit reden. Eine so entfernte Möglichkeit, daß man sich sagt: Unter sehr unglücklichen Verhältnissen kann etwas geschehen, obwohl man nicht weiß, ob dadurch ein Schaden herbeigeführt wird, genügt doch nicht, um die Handlung zu einer schuldhaften zu stempeln. Dasselbe scheint Merkel[195]) zu meinen, wenn er sagt, daß juristisch zum Vorliegen einer Schuld stets noch ein Plus zu der Voraussehbarkeit erforderlich ist. Hierher gehört die ganze Kategorie der gefährlichen Betriebe. Wer z. B. eine Pulverfabrik auf freiem Felde anlegt, wird sich schließlich auch sagen können: „Ob etwas eintreten wird, weiß ich nicht, aber es ist nicht absolut ausgeschlossen, obwohl ich alle nur denkbaren Vorsichtsmaßregeln zur Abwehr getroffen habe, und ebensowenig weiß ich, ob dadurch event. im nächsten Dorfe ein Schaden entstehen wird." Können wir hier wohl noch von einer schuldhaften Handlung reden? Dies scheint auch das Reichsgericht zu fühlen, indem es ab und zu das nach früherem wie nach heutigem Recht unbedingt notwendige Erfordernis des Verschuldens fallen läßt. So sagt es in einer Entscheidung,[196]) daß das subjektive Moment zum Schadensersatz auch in etwas anderem bestehen kann als in der Voraussehbarkeit. Einen diesbezüglichen Vertrag, den es zuerst anführt, müssen wir anerkennen, nicht aber die weiteren Worte:

> „Sei es ein anderer Grund, welcher diesen Übergang der Gefahr auf den Handelnden rechtfertigt, u. dergl."

Es gibt nach geltendem Recht keinen anderen Grund für eine Ersatzpflicht als Vertrag oder unerlaubte Handlung, zu der aber meist Verschulden erforderlich ist. Was das Reichsgericht mit diesem unklaren Ausdruck gemeint hat, können wir nicht ersehen. Wenn wir weitere Entscheidungen vornehmen, so haben wir den Eindruck, als ob das Reichsgericht sich öfters zu dem Gedanken der objektiven Gefährdungshaftung hinneigt, ohne jedoch den letzten entscheidenden Schritt zu gehen. So sagt es in einer weiteren Entscheidung[197]):

> „Der Übergang der Gefahr auf den Handelnden geschieht auch aus anderen Gründen als durch culpa, so besonders durch eine Betriebshandlung, welche ihrer Natur nach das Eigentum Dritter gefährdet. Der Rechtsschutz fordert die Anerkennung der Verantwortung des Unternehmers als Korrelat seiner Befugnis zu diesen gefährlichen Handlungen."

Es schränkt aber dies sofort wieder ein, indem es fortfährt:

> „Es reicht aber auch die Verantwortlichkeit des Unternehmers nicht so weit, daß er für Schaden haftbar gemacht werden könnte, der sich beim Betriebe nicht hat voraussehen lassen."

---

[195]) S. 116.
[196]) Bd. 6 S. 217.
[197]) Bd. 17 S. 103; ähnlich Gruchot Bd. 46 S. 1008.

Derartige Entscheidungen finden wir öfters;[198]) es wird stets das Voraussehbare angeführt und daraus das Verschulden des Unternehmers konstruiert, und es wird dann konsequent diesem der Beweis offen gelassen, daß er nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge den Schaden unmöglich hatte voraussehen können.[199]) Einen kleinen zögernden Schritt scheint das Reichsgericht weitergegangen zu sein, indem es sagt[200]):

> „Der Unternehmer haftet ohne weiteres für den Schaden, der Dritten infolge der gefährlichen Natur des Betriebes entstanden ist; eines besonderen Verschuldens bedarf es nicht."

Was der Ausdruck „besonderes Verschulden" hier für einen Sinn hat, ist allerdings nicht klar zu ersehen, ob damit die subjektive Voraussehbarkeit oder ein Versehen bei der Anlage oder dem Gebrauch gemeint ist. Eine ähnlich unklare Entscheidung liegt auch aus der neuesten Zeit vor,[201]) daß nämlich dem Eigentümer Ersatz zu gewähren sei, und zwar ohne Verschuldensnachweis; ob dieses Verschulden in der Voraussehbarkeit oder in Fehlern bei der Anlage und deren Gebrauch bestehen soll, ist nicht zu ersehen. Dafür, daß auch hier nur das letztere gemeint ist, spricht die Berufung auf das Urteil Bd. 17 S. 103, das ausdrücklich den Ersatz auf den voraussehbaren Schaden beschränkt, und das mit anderen Worten ein Verschulden darin findet, daß der Unternehmer seine Anlage betrieben hat, obwohl er den Schaden voraussehen konnte oder mußte.

Diese Konstruktion des Verschuldens hat sich um deswillen in der Praxis mit Zähigkeit behauptet, weil sie vielfach, auch bei richtiger Erkenntnis der obwaltenden Sachlage, als Mittel zum Zweck dient, um zu einer von dem Rechtsgefühl des Richters geforderten Ersatzpflicht des Unternehmers zu gelangen, welche derselbe ohne Basierung auf eine culpa nicht zu begründen weiß.[202])

Diese hier angewendete Ausdehnung des Begriffes „voraussehbar" führt nun in der Konsequenz rettungslos zu den merkwürdigsten und unhaltbarsten Resultaten. So finden wir Urteile der höchsten Gerichte, die aussprechen, daß der Betrieb einer Bahn mit Lokomotiven notwendig und unzertrennlich eine kulpose Handlungsweise mit sich führt,[203]) und der Umstand, daß die Technik noch nicht so weit fortgeschritten sei, um Lokomotiven so herzustellen, daß bei Anwendung gehöriger Vorsicht eine Brandstiftung unmöglich sei, befreie nicht von der Schadensersatzpflicht; die Handlung bleibe vielmehr auch in diesem Falle kulpos. Ferner ist gesagt, daß auch der ordnungsmäßige Gewerbebetrieb im Bewußtsein, daß er einen Schaden oder eine Belästigung herbeiführen könne, als unrechte

---

[198]) Bd. 11 S. 183, Bd. 18 S. 28, Bd. 30 S. 114.
[199]) RGE. Bd. 32 S. 337.
[200]) Gruchot Bd. 46 S. 1008.
[201]) DJZ. 9 S. 746.
[202]) Merkel S. 60.
[203]) OAG. München, Seuffert Bd. 14 Nr. 208.

Tat aufzufassen ist.[204]) Daß die Anlage von Schienen bei einer Straßenbahn ein Verschulden sei, hat zwar das Gericht[205]) nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber dies geht doch aus dem Ganzen hervor, da der Beklagte verurteilt wurde, weil ihm, wie er zugestanden hatte, nicht unbekannt war, daß möglicherweise fremdes Eigentum durch seine Anlage geschädigt werden konnte. Diese Ansichten, die mit dem Empfinden der Allgemeinheit sich wohl kaum vereinigen lassen, bilden die notwendige Folgerung aus dem zu weit ausgedehnten Begriffe der Voraussehbarkeit; schon daraus folgt, daß die Aufstellung jenes Begriffes nicht richtig sein kann. Dies hat auch das Reichsgericht empfunden, indem es an anderer Stelle sagt[206]):

> „Auch läßt sich nicht annehmen, daß der Betrieb einer Eisenbahn schon an sich notwendig eine kulpose Handlungsweise darstellt, weil der Unternehmer erkennt oder doch erkennen kann, daß die der Lokomotive entströmenden Funken einen Brand herbeizuführen vermögen."

In demselben Urteil kommt aber, worauf Merkel[207]) schon hinweist, die entgegengesetzte Auffassung doch wieder zum Vorschein, indem ausgeführt wird:

> „Eine besondere nicht durch den gewöhnlichen Betrieb bedingte Fahrlässigkeit beim Vorüberfahren ist nicht festgestellt",

womit wieder auch der ordnungsmäßige Betrieb fahrlässig genannt wird. Weiter wird in demselben Urteil gesagt:

> „Von Annahme einer Verschuldung im technischen Sinne muß daher[208]) abgesehen werden, wenn durch die dem Betrieb eigenen besonderen Gefahren ein Schaden entsteht, welchen der Unternehmer als eine mögliche Folge des Betriebes und jener Gefahren vorhersehen konnte. Gleichwohl ist der Beklagte mit Recht für den von ihm verursachten Schaden verantwortlich gemacht worden. Denn wenn auch die actio negatoria, soweit sie auf Ersatz des vor der Klageerhebung entstandenen Schadens gerichtet ist, nicht schon allein durch den objektiven Eingriff in fremdes Recht begründet wird, vielmehr noch ein weiterer Rechtsgrund hinzutreten muß, welcher die Haftung des Handelnden für den von ihm verursachten Schaden rechtfertigt, so ist doch die culpa des Handelnden eben nur einer dieser Rechtsgründe, und es kann der Übergang der Gefahr auf den Handelnden auch noch aus anderen Gründen gerechtfertigt erscheinen."

Dieser Grund ist, wie das Reichsgericht dann ausführt, der gefähr-

---

[204]) RGE., Puchelt Bd. 19 S. 319.
[205]) OLG. München, Seuffert Bd. 41 Nr. 271.
[206]) Bd. 17 S. 103.
[207]) Merkel S. 117.
[208]) Da der Eisenbahnbetrieb nicht freiwillig und kein willkürlicher Akt sei. Trotzdem wird ein Jahr später — Anm. 204 — derselbe Eisenbahnbetrieb eine unrechte Tat genannt.

liche Betrieb, der als Korrelat notwendig die Anerkennung der Verantwortlichkeit des Unternehmers mit sich führt. Endlich stellt es, obwohl es eine Verschuldung im technischen Sinne leugnet, diese doch sofort dadurch wieder her, daß es die Ersatzpflicht auf den voraussehbaren Schaden beschränkt, also auf den Schaden, der durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit herbeigeführt ist. Ob der Betrieb freiwillig ist oder nicht, kann doch gar nicht in Frage kommen, denn die Konzession greift gar nicht in die privaten Rechtsverhältnisse ein, und derartig unfreiwillig ist der Betrieb doch sicher nicht, daß man ein Notrecht für den Unternehmer, auch wenn es der Staat ist, konstruieren könnte.[209])

Ebenso wie wir die Begründung der Schadensersatzpflicht für die Zeit vor der Klageerhebung durch die Möglichkeit, daß der Schaden vorauszusehen war, für die meisten Fälle als verfehlt bezeichnen müssen, ebenso erscheinen auch die anderen Versuche dieses Ziel zu erreichen als gescheitert.

Der eine Versuch ist folgender:

„Die Anstalt war so anzulegen, daß die schädlichen Wirkungen nicht in den Rechtskreis eines anderen hinübergriffen; erweisen sich die getroffenen Vorrichtungen als ganz oder teilweise erfolglos, so muß der Eingreifende, selbst wenn er alles getan hat, um diesen Eingriff unschädlich zu machen, nicht bloß fernerer Eingriffe sich enthalten, sondern auch den Schaden tragen, der durch die bisherigen verursacht ist. Denn der Betrieb enthält ein Versehen, sobald dem Nachbar nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein Schaden zugefügt werden kann, und es ist dem Unternehmer jede Nachlässigkeit in dieser Richtung hin als Schuld beizumessen.[210])

Diese Auffassung enthält in dem letzten Satze selbst ihre Verurteilung, denn dieser stellt mit den Worten „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" auch wieder das Erfordernis der Voraussehbarkeit auf, und die vorher angegebene Kritik dieses Begriffes muß auch hier angewendet werden. Denn der Schaden, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eintritt, ist eben voraussehbar. Daher wird diese Art, den Schaden auch subjektiv anrechnen zu können, überall da versagen, wo er nicht voraussehbar gewesen ist, wobei man auch hier natürlich dies nicht so weit ausdehnen kann, wie es die herrschende Praxis getan hat.

Ein weiterer Versuch war folgender:

„§ 904 erlaubt eine Einwirkung auf eine fremde Sache, und trotzdem bestimmt er die Verpflichtung zum Schadensersatz, obwohl der Dritte rechtmäßig handelt, und zwar ohne Nachweis, daß er den Schaden schuldhaft verursacht hat. Um so mehr muß Schadensersatz bei § 906, bei einem unerlaubten rechtswidrigen

---

[209]) Merkel S. 59.

[210]) Obertribunal, Striethorst Bd. 68 S. 189, Bd. 95 S. 1; RGE. Bd. 32 S. 337, Gruchot Bd. 38 S. 712; Dernburg Bd. 3 S. 245.

Angriff in fremdes Eigentum, zugebilligt werden, und zwar ohne Rücksicht auf subjektive Verschuldung. Es ist davon auszugehen, daß die Nachbarn sich aller unerlaubten Immissionen zu enthalten haben, so daß eine Haftung ohne weiteres durch eine Verletzung dieser Pflicht begründet wird. Dies gilt um so mehr, wenn der Fall dem § 26 GO. entspricht. Daher ist hier erst recht der Anspruch zum Schadensersatz gegeben, und zwar ganz gleich, ob der Schaden durch culpa hervorgebracht ist oder nicht." [211])

Auch dieser Versuch ist nicht gelungen. Zunächst ist die Berufung auf die Schadensersatzpflicht im Falle des § 904 nicht zu billigen. Allerdings ist hier der Eingriff nicht widerrechtlich,[212]) während er dort widerrechtlich ist. Es ist aber übersehen, daß bei § 904 die Einwirkung auf die fremde Sache gewollt war, und daß es der Billigkeit entspricht, daß der, der vorsätzlich eine fremde Sache schädigt, auch wenn der Eigentümer dies nicht verbieten kann, und wohl auch gerade deshalb, den Schaden tragen muß. Bei § 906 ist aber dieser Eingriff nicht gewollt, sondern der Schaden entsteht durch das Mitwirken von Naturkräften und ist daher gewissermaßen als Zufall zu betrachten. Daß es ferner nicht richtig ist, daß im Fall von Immissionen allgemein Schadensersatz gefordert werden kann, selbst wenn kein Verschulden vorliegt, haben wir früher bereits dargelegt. In diesem Sinne erklärt sich auch das Reichsgericht [213]) als Revisionsinstanz zu dem angegebenen Urteil:

„§§ 906, 1004 BGB. betreffen, wie die Vorarbeiten ergeben und durchweg bisher unstreitig ist, die Schadensersatzfrage nicht; eine Pflicht zum Schadensersatz besteht an sich vielmehr nur bei dem Vorhandensein einer unerlaubten Handlung."

Auch die Berufung auf § 26 GO. ist nicht zutreffend. Dieser Paragraph regelt, wie früher ausgeführt, nur die Schadloshaltung für die Zukunft. Die Frage nach dem Ersatz des vorher entstandenen Schadens wird durch ihn gar nicht berührt, und es bleiben daher hierfür die allgemeinen Bestimmungen maßgebend. Trotzdem hat auch das Reichsgericht [214]) sich mitunter diese Begründung zu eigen gemacht, indem es sagt:

„Es bedarf, um zu einer Verurteilung zu kommen, gar nicht der Feststellung eines besonderen Verschuldens, da die Verpflichtung zur Schadloshaltung schon dadurch begründet ist, daß der Kläger nicht in der Lage ist, auf Einstellung des Betriebes zu klagen."

Geradezu als unmöglich muß aber die Beweisführung erscheinen, daß daraus, daß doch ein schädlicher Erfolg eingetreten ist, ohne weiteres das Vorliegen eines Verschuldens gefolgert wird,[215]) wenn auch die Wahl der Mittel, um die schädlichen Einwirkungen zu vermeiden, eine durchaus sorgsame und pflichtgemäße gewesen ist. Dies kann doch nur dann richtig

[211]) OLG. Köln, Mugdan, Rechtsprechung Bd. 7 S. 29.
[212]) Planck Bd. 3 S. 134.
[213]) DJZ. 9 S. 746.
[214]) Gruchot Bd. 45 S. 1016.
[215]) Zitiertes Urteil bei Merkel S. 116.

sein, wenn der Unternehmer gewußt hat, daß er trotz dieser Maßregel gewußt hat, daß er trotz dieser Maßregeln einen anderen schädigen werde, und dann sind eben die angewandten Mittel nicht sorgfältig ausgewählt worden. Wenn aber, wie in dem betreffenden Falle, das Gericht selbst die Auswahl der Einrichtungen „als an sich kunst- und sachgemäß" hinstellt, so geht daraus hervor, daß die Schädigung nicht voraussehbar gewesen ist, denn sonst hätte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein Schaden nicht eintreten können, und wenn der Schaden nicht voraussehbar war, dann kann auch kein Verschulden vorliegen.

Einen letzten Versuch, die Entschädigungspflicht auch für die Zeit vor der Klageerhebung zu konstruieren, macht das Reichsgericht in folgendem [216]):

> „Es kann der Betroffene, da er kein Recht hat, die Anlage zu hindern oder zu beseitigen, doch in gleicher Weise Schadensersatz wie bei einer Enteignung verlangen.[217]) Die Konzession hat den Charakter eines im öffentlichen Interesse bewirkten Eingriffs in das Privateigentum und verpflichtet daher zum Schadensersatz, ohne daß es darauf ankommt, ob dem Unternehmer ein Versehen zur Last fällt. Die Beschränkung der andern ist lediglich im Interesse des Unternehmers erfolgt, und daraus folgt von selbst, daß der Unternehmer auch den Schaden tragen muß."

Weiter sagt es an anderer Stelle [218]):

> „Schadensersatz kann der Betroffene, da er in der Benutzung seines Eigentums durch staatshoheitlichen Akt in den ihm nach §§ 906, 1004 BGB. zustehenden Befugnissen beschränkt ist, ohne Rücksicht auf Verschulden wie bei einer Enteignung fordern."

Aber auch diese Begründung paßt, vor allem in ihrem ersten Teile, nicht auf unsere Frage, denn wenn der einer Enteignung entsprechende Schadensersatz an die Stelle des Anspruches auf Beseitigung der Anlage treten soll, so muß einerseits die Beseitigung der Anlage verlangt werden können, was doch nur dann der Fall ist, wenn die Anlage selbst und nicht nur ihre Wirkungen das Störende sind, und andererseits greift die Entschädigungspflicht bei der Enteignung nur in dem Maße Platz, daß für die Bemessung die Zeit der Enteignungsentscheidung maßgebend ist. [219]) Selbst wenn wir also diese Grundsätze anwenden könnten, würde doch nur der Moment in Frage kommen, in dem ausgesprochen wird, daß der Betroffene die Einwirkungen dulden muß, da die Einrichtungen nach Maßgabe des § 26 GO. unmöglich sind. Einen vorher entstandenen Schaden kann das Enteignungsgesetz nicht kennen, und er ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, besonders wenn er ohne Ver-

---

[216]) Bd. 7 S. 266, Bd. 50 S. 226; Gruchot Bd. 27 S. 907.

[217]) Ähnlich schon 1859 das Oberhofgericht Mannheim (Seuffert Bd. 13 Nr. 235), das trotzdem 1860 auf Grund der nicht überschrittenen Konzession die Schadensersatzpflicht verneint.

[218]) RGE. Bd. 59 S. 70.

[219]) Illing-Kautz Bd. 1 S. 841.

schulden herbeigeführt ist. Die Bestimmungen für eine Enteignung können vielmehr nur dann angewendet werden, wenn die Einwirkungen im Bewußtsein ihrer Schädlichkeit geschehen und der andere in Voraussicht der Nachteile Einspruch erhoben hat, mit diesem Anspruch aber nicht durchgedrungen ist.

Das Wesen der Enteignung besteht darin, daß einem andern bewußt und gewollt etwas gegen seinen Willen zu einem bestimmten Zweck fortgenommen wird, und daß er sich nicht dagegen wehren kann. Diese Grundsätze können also nur dann Platz greifen, wenn der Immittent bewußt den andern schädigt und dieser es sich gefallen lassen muß, d. h. von dem Moment ab, wo der Betroffene seinen Anspruch erhebt und diesem nicht entsprochen wird. Dies kann sein, wenn er mit seinem Anspruch bei der Verwaltungsbehörde nicht durchgedrungen ist, oder aber wenn er die Klage aus § 26 erhebt, denn von diesem Augenblicke an muß der Eigentümer auf Anordnung der Staatsgewalt diese Beschränkungen ertragen; jetzt wird ihm der ursprüngliche Anspruch auf Beseitigung der Anlage, wenn diese selbst das Störende ist, oder auf Unterlassung der Immissionen zugunsten des Unternehmers entzogen, und es wird ihm dafür nur ein geringerer Anspruch, der auf Einrichtungen oder Schadloshaltungen, gestattet. Es tritt also eine Art Enteignung daher erst von dem Zeitpunkt an ein, wo der andere die Unterlassung der Immissionen fordert. Ist aber der Schaden ohne Wissen und Wollen des Handelnden eingetreten, dann versagen diese Grundsätze, da der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung auch bei Vorliegen des § 26 geblieben ist; es ist dem Betroffenen hier also kein Recht entzogen worden, und es hängt nicht mit der Konzession zusammen, daß der Anspruch oft wegen absoluter Unmöglichkeit nicht durchführbar ist.

Auch bei der zuerst angegebenen Entscheidung berührt das Reichsgericht im letzten Teile den Hauptpunkt, daß der den Schaden tragen soll, der auch die Vorteile seiner Anlage genießt, ohne jedoch diese Betrachtung als die allein maßgebende anzuerkennen und lediglich darauf den Entschädigungsanspruch zuzubilligen.

Gerade diese fortwährend wechselnden Versuche, den Entschädigungsanspruch auch für die Zeit vor der Klageerhebung als gerechtfertigt hinzustellen, zeigen deutlich, wie wenig innerliche Berechtigung die angegebenen Konstruktionen haben, und wenn das Reichsgericht öfters von der konstanten Rechtsprechung redet,[220]) so paßt dies nicht einmal auf das Resultat der Entscheidungen, geschweige denn auf die Begründungen derselben. Daß selbst die Resultate der Entscheidungen nicht immer gleich sind, ersehen wir aus zwei Entscheidungen,[221]) in denen das Reichsgericht eine Schadensersatzforderung wegen Höherlegung eines Eisenbahndammes abweist, und zwar unter folgender Begründung:

---

[220]) Bd. 45 S. 297; JW. 1900 S. 840; Gruchot Bd. 45 S. 1013.
[221]) Bd. 30 S. 114, Bd. 32 S. 283.

„Denn nur insoweit ist der Unternehmer im Gebrauch seines Eigentums durch das Eigentum des Nachbarn beschränkt, daß er nicht in dessen Rechtskreis hinübergreifen darf, und ein solcher Eingriff hat nicht stattgefunden. Daß der Schaden sich voraussehen ließ, macht die Unterlassung der erforderlichen Einrichtungen noch nicht zu einer widerrechtlichen."

Es handelt sich um eine Überschwemmung, die durch einen Damm hervorgerufen ist, den der Beklagte auf seinem Grundstück errichtet hat. Wenn das Reichsgericht hier annimmt, daß damit kein Eingriff in das Eigentum des andern vorliegt, so fällt es in die frühere Rechtsanschauung zurück, daß nur die unmittelbaren und direkten Immissionen unerlaubt sind, denn auch hier ist, wie fast überall, die Anlage nur auf dem Gebiet des Handelnden, während die Wirkungen durch die Naturkräfte, hier Hochwasser und starker Regen, weiter getragen werden. Die Anschauung, daß man an und für sich mit der Anlage sein Eigentum rechtmäßig gebraucht und das Wirken der Naturkräfte, sei es Wind, Regen, Schwerkraft oder etwas anderes, nicht zu vertreten hat, war doch schon in dem Plenarbeschluß des Obertribunals im Jahre 1852 fallen gelassen worden. Man sagte vielmehr seit dieser Zeit, daß es ganz gleich sei, wie die Wirkungen weitergetragen werden, und daß es nur darauf ankomme, ob den Handelnden ein Verschulden insofern träfe, als er die Anlage doch errichtet hat, obgleich er voraussehen konnte, daß sie andere Leute schädigen könne. Auch dieses Erfordernis will das Reichsgericht hier nicht entscheiden lassen, womit es sich zu seinen sonstigen Begründungen in direkten Widerspruch setzt.

Wenig zu billigen ist es aber, wenn das Reichsgericht fortfährt:

„Wenn der Beklagte in den von ihm zweckentsprechend ausgeführten Einrichtungen den möglichen Schutz der Anlieger sah und voraussehen durfte, und insbesondere auch dann, wenn weitergehende Einrichtungen mit einem unverhältnismäßigen, den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens in Frage stellenden Aufwande verknüpft gewesen wären, so würde der Beklagte von der Haftung für den Schaden befreit sein."

Dieser Satz ist sehr bedenklich, denn er gibt dem Unternehmer das Recht, andere Leute zu schädigen, ohne selbst Ersatz leisten zu müssen, wenn die erforderlichen Einrichtungen ihn zu viel kosten würden, womit also direkt die Anlieger zugunsten des Unternehmers benachteiligt werden würden. Ferner spricht das Reichsgericht hier aus, daß der Unternehmer in der Regel von der Haftung befreit ist, wenn er den Anordnungen der Regierung genügt hat. Für zwei Fälle ist aber doch eine Schadensersatzpflicht bestimmt:

„Wenn der Unternehmer die Anlagen in nicht zweckentsprechender Weise ausführt, und auch dann, wenn er gewußt hat, oder bei gehöriger Aufmerksamkeit wissen mußte, welche Anlagen erforderlich, zugleich vom technischen Standpunkt aus ausführbar, und mit den Zwecken des Unternehmens verträglich waren, und gleichwohl

diese Einrichtungen, weil solche von der Regierung nicht angeordnet waren, unterlassen hat."

Es wird also hier bestätigt, daß der Unternehmer nicht haftbar gemacht werden kann, wenn diese Einrichtungen technisch nicht herzustellen waren oder ihn zuviel gekostet hätten, und dies selbst dann, wenn er den schädigenden Erfolg voraussehen konnte.

Diese unbillige Ansicht, die den meist ohnehin schon betroffenen Eigentümer zugunsten des wirtschaftlichen Erfolges des Unternehmens ganz rechtlos macht, ist aber nicht lange festgehalten worden. Schon anderthalb Monate darauf erging jenes Urteil,[222]) daß der Unternehmer, selbst wenn er alles getan hat, um den Eingriff unschädlich zu machen, doch den entstandenen Schaden tragen muß. Später[223]) ist es noch deutlicher ausgesprochen, daß die Haftung des Unternehmers trotzdem auf allen voraussehbaren Schaden — im Sinne des Reichsgerichts — ausgedehnt wird.

Dieser fortwährende Wechsel der Ansichten und die Mangelhaftigkeit aller Versuche, eine Schadensersatzpflicht für die Zeit vor der Klageerhebung zu begründen, haben naturgemäß eine erhebliche Rechtsunsicherheit hervorgerufen. So erklären sich auch die vorhin angegebenen Urteile, die eine Ersatzpflicht überhaupt verneinen, und es ist nicht zu verwundern, daß vor gar nicht zu langer Zeit das Oberlandesgericht in Stuttgart in einer Entscheidung[224]) sagen konnte:

> Ein Rechtssatz, daß der Eigentümer eines gefährlichen Betriebes stets und ohne Rücksicht auf Schuld für jede durch den Betrieb veranlaßte Schädigung auch dann haften müsse, wenn die gefährliche Anlage von der zuständigen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit genehmigt worden ist, besteht nicht. Hätte der Straßenbahn eine Entschädigungspflicht der durch ihre Anlage Beschädigten aufgebürdet werden sollen, so wäre dies ausdrücklich in die Konzessionsbedingungen aufgenommen worden. Auch steht dem Zivilrichter nicht zu, indirekt die Entscheidung der zuständigen Polizeibehörde dadurch wirkungslos zu machen, daß er dasjenige, was diese innerhalb ihrer Zuständigkeit erlaubt hat, als unerlaubt und eine Schadensersatzpflicht begründend behandelt."

So wenig man auch im ganzen die verschiedenen Versuche, eine Entschädigungspflicht überhaupt zu konstruieren, billigen und als gelungen hinstellen kann, so muß man doch die Resultate, daß der Unternehmer haftbar sei, aus den vorhin entwickelten Gründen als gerechtfertigt ansehen. Nur ist zu bedauern, daß unsere höchsten Gerichtshöfe, vor allem das Reichsgericht, dies bisher durch all die angegebenen unhaltbaren Konstruktionen, deren Resultate mit den Anschauungen der Allgemeinheit im direkten Widerspruch stehen, zu erreichen gesucht haben, statt offen die

---

[222]) RGE. Gruchot Bd. 38 S. 712.
[223]) Bd. 37 S. 270, Bd. 53 S. 23; JW. 1903 S. 15.
[224]) Urteil vom 22. 11. 1895, Seuffert Bd. 52 Nr. 19.

Meinung, die auch dem Empfinden aller entspricht, zu vertreten, daß der, der den Nutzen aus der Anlage zieht, auch alle Schäden zu ersetzen habe, die durch diesen Betrieb und bei diesem Betrieb für andere entstehen. Daß unsere ganze Rechtsentwicklung, besonders durch Spezialgesetze, darauf hinstrebt, ist außer Frage, und es wäre sehr zu wünschen, daß unsere Gerichte durch offenes Bekennen zu diesem Grundsatz dem in dieser Beziehung noch zögernden Gesetzgeber vorangingen und ihm dadurch den Weg zu einer diesbezüglichen Änderung des geltenden Rechts ebnen würden. Durch all jene verfehlten Konstruktionen dagegen, besonders die, daß ein solcher Betrieb trotz der obrigkeitlichen Genehmigung eine schuldhafte Handlung sei, was ja bis heute die Ansicht des Reichsgerichts ist, trotzdem es dies nicht mehr so offen und direkt ausspricht, wird das Vertrauen des Volkes zu unseren Gerichten nicht erhöht, da diese Ansicht bei kaum einem Menschen Anklang finden dürfte, während es wohl jeder freudig begrüßen würde, wenn unsere Gerichte offen aussprächen, daß der, der in seinem Interesse die Anlage baut oder betreibt, auch für allen dadurch entstehenden Schaden aufzukommen hat, ganz gleich, ob dieser verschuldet und voraussehbar gewesen ist oder nicht. Es könnte die Praxis auf diese Weise durch konstanten Usus fori ein Gewohnheitsrecht schaffen und so den Mangel der gesetzlichen Regelung ausgleichen, ohne gezwungen zu sein, durch gewaltsame und in der Konsequenz unhaltbare Auslegungen des Gesetzes den gewollten Erfolg herbeiführen zu müssen.

§ 11.

Die Regelung der Beweislast.

Bei Beurteilung der Frage, wie die Beweislast bei Immissionsprozessen geregelt ist, muß man auf den prinzipiellen Standpunkt des Gesetzes zurückgreifen. Diese Frage wird oft von großer Bedeutung sein, besonders wenn der Beweis schwer zu erbringen ist, wie bei der Erheblichkeit, der Ortsüblichkeit und dem Kausalzusammenhange. Wenn der Kläger seine klagebegründenden Tatsachen nicht beweisen kann, wird er mit seiner Klage abgewiesen, denn den Beklagten trifft die Beweislast nur für seine Einreden.

Bei den übermäßigen Immissionen ist das Entscheidende, ob das Gesetz prinzipiell von einer Unerlaubtheit der Immissionen oder von deren Gestattung ausgeht. Im ersteren Falle, wo alle Immissionen überhaupt verboten sind, stellt sich die Duldungspflicht des § 906 als eine Ausnahme dieser Regel dar, die der beweisen muß, welcher sich darauf beruft.[225]) Es brauchte hier der Kläger dann nur das Vorliegen der Immissionen schlechthin zu beweisen, während der Beklagte die Beweislast für die Unerheblichkeit oder Ortsüblichkeit der Beeinträchtigung hätte. Anders ist es, wenn man davon ausgeht, daß alle Immissionen von vornherein

[225]) Planck Bd. 1 S. 45.

erlaubt sind, und daß nur die nach § 906 übermäßigen verboten werden können. Hier müßte der Kläger außer dem Vorliegen der Immissionen auch deren Erheblichkeit und Nichtortsüblichkeit beweisen, denn der Beweis, daß überhaupt nur Immissionen eintreten, würde nicht genügen, da diese Beeinträchtigungen prinzipiell gestattet wären. Die Motive[226]) sagen über diese Frage:

„Die Verteilung von Imponderabilien ist durch die gegebenen Verhältnisse natürlich und nicht zu verhindern. Es kann sich daher nur darum handeln, ob die Ursache, die menschliche Handlung, welche die Imponderabilien zur Entstehung und Verbreitung gebracht hat, als rechtswidrig anzusehen ist. Bei Beurteilung dieser Frage könne man von einem doppelten Standpunkt ausgehen:

1. Derjenige, welcher zu der Entstehung und Verbreitung der Imponderabilien die Ursache liefert, muß wissen, daß dieselben ihren eigenen Weg gehen; die Fortpflanzung über die Grenzen ist ihm mithin als Folge seiner Tat zuzurechnen, und ist direkte und indirekte Immission insofern nicht zu unterscheiden. Die aufzunehmende Bestimmung[227]) muß daher als Ausnahmevorschrift erscheinen.

2. Weit mehr entspricht es der Natur der Dinge, von dem Standpunkt der Freiheit auszugehen und sodann gewisse Immissionen zugunsten des Eigentümers durch privatrechtliche Normen zu verbieten.

Beide Meinungen führen praktisch zu demselben Resultat. Nach beiden Meinungen gilt die Immissionsfreiheit beschränkt durch die exzessive Immission; nur ist nach der einen Meinung die Immissionsfreiheit Ausnahme, nach der anderen Regel. Die einzige sich hieraus ergebende Differenz besteht darin, daß nach der ersten Meinung der Eigentümer seine negatorische Klage durch das Behaupten einer Hinüberwirkung schlechthin begründet hat, während nach der zweiten Meinung eine qualifizierte Hinüberwirkung zu behaupten ist."

Während die Motive mehr zu der Ansicht hinneigen, daß die Immission regelmäßig erlaubt sei, und daß der Betroffene beweisen müsse, daß sie das zu duldende Maß übersteige, ersehen wir aus den Protokollen,[228]) daß bei der Beratung die andere Meinung durchdrang, indem ausgeführt wird:

„Es wurde dann ein Antrag angenommen.[229]) Dieser Antrag geht also von der Voraussetzung aus, daß ohne besondere Vorschrift jede Immission als Eingriff in das Eigentum angesehen werden müsse."

Es ist daher nicht richtig, wenn die Protokolle fortfahren:

---

[226]) Bd. 3 S. 265 f.
[227]) Die Duldungspflicht des § 906.
[228]) Bd. 3 S. 123 f.
[229]) Gemeint ist der jetzige § 906.

„Die Beweislast bei Geltendmachung des negatorischen Anspruches wegen der hier fraglichen Immissionen regelt sich angemessen dahin, daß der klagende Eigentümer die Übermäßigkeit der Immissionen und der Beklagte das nach den örtlichen Verhältnissen gerechtfertigte Maß der Benutzung zu beweisen habe."

Nach der eben erwähnten Ansicht, daß jede Immission ein unerlaubter Eingriff ist, genügt vielmehr zur Begründung der Klage, daß überhaupt eine derartige Beeinträchtigung stattfindet, während der Beklagte neben der Ortsüblichkeit auch die Unerheblichkeit zu beweisen hat, da er die Ausnahmevorschrift des § 906 für sich in Anspruch nimmt. Bei der Schlußrevision ist in den Protokollen[230]) die angegebene Regelung der Beweislast daher auch nachträglich verworfen worden, indem bestimmt wurde, daß der Beklagte sowohl die Unerheblichkeit wie die Ortsüblichkeit zu beweisen habe.

Diese Ansicht hat auch ihren deutlichen Ausdruck im Gesetz gefunden. § 1004 läßt klar erkennen, daß an und für sich jeder Eingriff in das Eigentum verboten werden kann, und ebenso deutlich zeigt § 906, daß er eine Ausnahme von dem geltenden Prinzip aufstellt, denn wenn er sagt: „Der Eigentümer kann insoweit nicht verbieten, als . . .", so heißt das mit anderen Worten: „er kann nur dann nicht verbieten, wenn die Immissionen unerheblich oder ortsübliche sind." Es hat demnach der Kläger nur das Vorliegen der Beeinträchtigung schlechthin zu beweisen, während der Beklagte den Beweis dafür zu erbringen hat, daß diese Immissionen nach § 906 ertragen werden müssen. In diesem Sinne hat sich auch die herrschende Lehre ausgesprochen.[231]) Nicht richtig ist es daher, wenn Scherer[232]) die gegenteilige Ansicht vertritt. Er sagt, mit dem Satze, daß die Vermutung für die Freiheit spreche, während die Beschränkungen die Ausnahmen seien, die der zu beweisen habe, der sie geltend macht, sei nichts anzufangen, denn es sei gerade das Problem bei dem Immissionenrecht, daß jeder Teil in seiner freien Eigentumsausübung zugunsten der andern beschränkt werden solle: an und für sich könne sich jeder einzelne auf seine freie Eigentumsbenutzung berufen, denn die Kollision träte erst durch Kräfte und Verhältnisse ein, die der Handelnde nicht geschaffen habe und denen er nicht gebieten könne. Dies ist ja an und für sich richtig, aber wenn Immissionen tatsächlich stattfinden, dann kommt nur das Eigentum des Betroffenen in Frage, und nur dieser kann sich auf seine freie Benutzung berufen, während das Eigentum des Immittenten gar nicht dabei in Betracht kommt. Wenn Scherer sich zur Begründung seiner Ansicht auf die in den Protokollen[233]) angegebene Regelung beruft, daß der Kläger das Übermaß und der Beklagte die Ortsüblichkeit der Immissionen beweisen müsse, so hat er übersehen, daß

---

[230]) Bd. 6 S. 225.

[231]) Dernburg Bd. 3 S. 241; Biermann S. 104; Planck Bd. 3 S. 139; Sörgel 1900/01 S. 106i.

[232]) Sachenrecht S. 165.

[233]) Bd. 3 S. 125.

die Protokolle, wie schon erwähnt, später diese Regelung der Beweislast selbst verworfen haben.

Nicht ganz klar ist es, wenn Endemann an einer Stelle[234]) sagt, daß der Immittent die Beweislast dafür trage, daß seine Einwirkung erlaubt sei, was doch nur erforderlich ist, wenn der Kläger die Unerlaubtheit nicht zu beweisen hat, während er später[235]) dem Kläger die Beweislast für die Unzulässigkeit der Immission aufbürden will, indem er sagt:

> „Kläger muß sein Eigentum und die Tatsache der Beeinträchtigung beweisen, wozu auch gehört, daß eine unzulässige Immission vorliege. Sache des Beklagten bleibt es dann, den Nachweis zu erbringen, daß der Kläger zur Duldung der bestrittenen Beeinträchtigung verpflichtet ist."

Diese letztere Stelle ist insofern nicht recht verständlich, als nicht zu ersehen ist, wer den Beweis, daß § 906 Anwendung oder keine Anwendung findet, führen soll. Daß gegen den Hauptbeweis der einen Partei der Gegenbeweis der anderen Partei immer gestattet und möglich ist, ist doch selbstverständlich.

Wenn sich die Klage auf Ersatz des vor der Klageerhebung entstandenen Schadens richtet, dann muß sie, wie wir gesehen haben, nach den bis jetzt geltenden gesetzlichen Bestimmungen und der bisher geübten Gerichtspraxis, um eine Verurteilung herbeizuführen, auf Grund des § 823 BGB. erhoben werden, also die drei Voraussetzungen behaupten, nämlich die Rechtswidrigkeit, die schuldhafte Verursachung und den Kausalzusammenhang. Diese drei Behauptungen gehören demnach zu den klagebegründenden Tatsachen, für die der Anspruchsberechtigte den Beweis zu erbringen hat.[236])

Der Beweis für die Rechtswidrigkeit erübrigt sich, denn die Konzession gibt dem Unternehmer nicht das Recht, in das Eigentum anderer einzugreifen, und alle das Maß des § 906 übersteigenden Immissionen sind rechtswidrig.

Der Beweis für das schuldhafte Handeln wird bei der übergroßen Ausdehnung des Begriffes „Voraussehbarkeit" durch unsere Gerichte nicht schwer zu führen sein, und so sagt das Reichsgericht an einer Stelle[237]):

> „Wer derartige Anlagen betreibt, wird sich regelmäßig bewußt sein müssen, daß sein Betrieb schädigend in fremdes Eigentum eingreifen kann."

Es genügt daher zur Klagebegründung, daß der Kläger angibt, daß der Immittent einen in diesem Sinne gefährlichen Betrieb unterhält, und daß er die Schädigungen voraussehen mußte. In diesem Sinne führt auch das Reichsgericht aus[238]):

---

[234]) Bd. 2 S. 284.
[235]) Bd. 2 S. 359.
[236]) Planck Bd. 2 S. 44; Dertmann S. 560; Scherer Bd. 2 S. 1258; Cosack Bd. 1 S. 283.
[237]) Bd. 32 S. 337.
[238]) Bd. 6 S. 217.

„Es wird sich in vielen Fällen, wenn gegen den Urheber der Verletzung negatorisch geklagt wird, das Moment der Verschuldung aus der Erzählung des tatsächlichen Vorganges ergeben, durch welchen die Verletzung begründet ist, so daß bei einem Mangel der Darlegung entschuldigender Momente die bewußte oder fahrlässige Rechtswidrigkeit ohne weiteres festzustellen ist."

Dem Beklagten bleibt dann natürlich der Gegenbeweis offen, indem er nachweist, daß die schädlichen Einwirkungen unmöglich hätten eintreten können, ein Beweis, der ihm aber nach den angeführten Grundsätzen kaum gelingen dürfte. In dem Sinne, daß ein Verschulden sich auch ohne weiteren Beweis aus der Tatsache des gefährlichen Betriebes ergibt, und daß der Beklagte den Gegenbeweis führen müsse, ist es wohl auch gemeint, wenn Dernburg und Endemann[239]) sagen, daß den Angreifer jedenfalls die Beweislast für sein Nichtverschulden treffe, da der Kläger den Hauptbeweis durch die einfache Erzählung, daß der Immittent einen derartig gefährlichen Betrieb unterhalte, geführt hat; es beruht daher wohl auch die Ausführung des Oberlandesgerichts Köln,[240]) daß Dernburg inkonsequent sei, auf dem Mißverständnis, als ob mit jenem Satze hätte gesagt werden sollen, daß der Beklagte den Nachweis des Nichtverschuldens als Hauptbeweis gegen die bloße Tatsache, daß eine Immission vorliege, führen müsse, was aber nicht anzunehmen ist.

Neben diesem Beweis, daß der Immittent schuldhaft gehandelt hat, muß der Kläger noch den Beweis dafür erbringen, daß zwischen der Immission und dem dadurch angerichteten Schaden ein Kausalzusammenhang besteht. Aber auch diesen Beweis, der an und für sich oft schwer zu führen sein wird, wenn nämlich keine Zeugen dagewesen und die Spuren des Ereignisses in dem angerichteten Schaden untergegangen oder nicht mehr aufzufinden sind, wie z. B. bei einem durch Lokomotivfunken in Brand geratenen Walde, erleichtert die Praxis des Reichsgerichts. Eine Zeitlang vertrat es den Standpunkt, daß bei gefährlichen Betrieben die Beweislast umzukehren sei, und daß der Immittent verurteilt würde, wenn er nicht darlegen könne, daß ein Kausalzusammenhang zwischen seiner Anlage und dem angerichteten Schaden nicht möglich sei, ohne daß der Betroffene den Beweis für das Gegenteil auch nur versuchen müsse. So sagt es in einer Entscheidung[241]):

„Die tatsächlichen Verhältnisse — die Gefährlichkeit — rechtfertigen es nicht, eine Ausnahme von dem Grundsatz zu machen, daß der, welcher aus der Verschuldung eines andern den Anspruch auf Schadensersatz ableitet, darzulegen und zu beweisen hat, daß der Schaden, dessen Ersatz er fordert, eine Folge jener Verschuldung sei. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß eine mathematische Gewißheit über die unmittelbare Ursache nicht

[239]) Bd. 2 S. 360.
[240]) Mugdan Bd. 7 S. 29.
[241]) RGE. Bd. 8 S. 167.

immer hergestellt werden kann. Dies ist aber auch gar nicht erforderlich. Gelangte der Richter zu der Überzeugung, daß der Beklagte solche Anordnungen zeitig treffen konnte, welche geeignet waren, einen Unfall auszuschließen, und glaubte er auf Grund solcher tatsächlichen Erwägungen den Schluß ziehen zu können, daß hiernach der Unfall eine Folge der schuldhaften Unterlassung sei, so war solche Feststellung für die Revision unanfechtbar."

Während in dem ersten Absatz dieser Entscheidung noch gesagt ist, daß die Beweislast nicht umgekehrt werden dürfe, zeigt der zweite Absatz doch schon, daß allein die Gefährlichkeit des Betriebes, besonders wenn keine geeigneten Anordnungen zur Verhütung des Schadens getroffen waren, den Kausalzusammenhang beweisen könne. Noch deutlicher tritt dann die Umkehrung der Beweislast in einer anderen Entscheidung [242]) hervor, wo das Reichsgericht ausführt:

„In betreff der Beweislast kann es nicht zweifelhaft erscheinen, daß der Kläger, eben weil er nur Ersatz für den durch ein Versehen verursachten Schaden verlangen kann, auch den Beweis des ursächlichen Zusammenhanges übernehmen muß. Wollte man in solchen Fällen, wo sich die unmittelbar wirkende Ursache nach der Natur der Verhältnisse nicht ermitteln läßt, außer dem zur Herbeiführung des Erfolges völlig geeigneten schuldhaften Verhalten auch noch den Beweis des wirklichen ursächlichen Zusammenhanges fordern, so würde die Rechtsverfolgung nahezu ausgeschlossen sein. Es würde nicht gerechtfertigt erscheinen können, wenn derjenige, welchen der Vorwurf trifft, durch Vernachlässigung der notwendigen Vorsichtsmaßregeln die Entstehung ermöglicht oder erleichtert zu haben, sich der Verantwortung für den durch Eintritt einer solchen Katastrophe entstandenen Schaden durch das Verlangen entziehen könnte, daß ihm durch den regelmäßig nicht zu erbringenden Beweis der nächsten Ursache der Kausalzusammenhang mit seiner Schuld nachgewiesen werde. Man wird vielmehr davon ausgehen müssen, daß es der Verantwortung für die große Gefahr, in welche ein solches Verschulden weite Kreise versetzt hat, entspricht, wenn bis zu dem Beweise des Gegenteils angenommen wird, daß das eingetretene Ereignis mit dem Verschulden in ursächlichem Zusammenhange stehe."

In gleichem Sinne sagt auch ein anderes Gericht [243]) später:

„In den Fällen, in denen die eigentliche Ursache der schädlichen Einwirkungen sich nicht ermitteln läßt, bedarf es nicht notwendig des Nachweises sämtlicher Glieder der Beweiskette bis zum ersten, es genügt vielmehr, daß Umstände nachgewiesen werden, worauf der schädliche Erfolg nach menschlicher Berechnung zurückgeführt werden kann, und das Gericht kann daraus die

[242]) RGE. Bd. 10 S. 141.
[243]) OLG. Kiel, Seuffert Bd. 48 Nr. 6.

Überzeugung von dem Vorhandensein des Kausalzusammenhanges gewinnen und diesen feststellen."

Daß diese Umkehrung der Beweislast und die Vermutung für den Kausalzusammenhang doch zu weit geht, hat das Reichsgericht später[244]) auch anerkannt, indem es unter Hervorhebung des richtigen Kernes der früheren Entscheidungen ausführt:

„Die gefährliche Handlung darf man nicht von vornherein als eine schuldhafte bezeichnen; denn wenn der voraussehbare rechtswidrige Erfolg ausbleibt, ein Fall, in welchem man nicht ganz richtig von einer culpa sine effectu redet, liegt entweder überall kein kulposes Delikt und kein Verschulden von rechtlicher Bedeutung vor, oder es liegt ein vorsätzliches Delikt vor, welches gegen feuerpolizeiliche, gesundheitspolizeiliche usw. Vorschriften verstößt. Wenn die Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen einem schadenbringenden Erfolge und einer gefährlichen Handlung gegeben ist, so bedarf es nicht einer Aufklärung des Ursachenzusammenhanges in allen seinen Gliedern bis auf das erste durch die gefährliche Handlung gesetzte Glied, sondern es kann der Zusammenhang als feststehend angenommen werden, auch wenn der konkrete Hergang nicht festgestellt ist und verschiedene Alternativen offen bleiben. Der Richter kann zu einem Beweisziel außer durch die positive Feststellung der Gliederreihe, von der ersten Ursache bis zu dem Erfolge, auch durch die negative Feststellung gelangen, daß nach menschlicher Erfahrung mit Rücksicht auf die Sachlage, insbesondere den Grad der Gefährlichkeit der Handlung, eine Verursachung durch von anderer Seite gebotene Faktoren ausgeschlossen erscheint. Das Beweisergebnis gründet sich dann allerdings auf eine Negative. Der Umstand kann aber indessen nicht zu einer Umkehrung der Beweislast führen, so daß also die Wirkungslosigkeit der gefährlichen Handlung durch Klarlegung der Wirksamkeit anderweitiger Einflüsse dargetan werden müßte. Diese Gründe führen dazu, an der angeführten früheren Entscheidung, soweit sie eine Verschiebung der Beweislast annimmt, nicht festzuhalten. Zum Beweise des Ausgeschlossenseins einer anderen Verursachung war nur erforderlich, daß ein zu unterstellendes Eingreifen unbestimmter fremder Faktoren außerhalb einer jeden Erfahrung liegen würde."

§ 12.

Über die Neuregelung des Immissionenrechts.

Wir haben im Laufe unserer Abhandlung gesehen, daß unser geltendes Recht den Immissionen gegenüber teilweise versagt, teilweise aber auch zu

[244]) RGE. Bd. 29 S. 139; Seuffert Bd. 48 Nr. 29.

wenig annehmbaren Entscheidungen führt, und daß mitunter recht gewaltsame Konstruktionen nötig sind, um bessere Resultate herbeizuführen. Dies ist auch von vielen Seiten anerkannt worden, und es sind deshalb verschiedene Versuche gemacht worden, eine Änderung des geltenden Rechts in dieser Beziehung anzuregen. Die eine Gruppe wollte dies dadurch erreichen, daß sie den Unternehmer für jeden Schaden, der bei und durch den Betrieb seiner Anlage entsteht, haftbar macht.[245]) Dieser Weg hat nach dem oben Gesagten viel für sich. Wie Degenkolb[246]) richtig bemerkt, ist das Problem, wer den entstandenen Schaden tragen soll, ein soziales, wirtschaftliches und ethisches. Alle diese Anforderungen würden erfüllt werden, wenn dem Unternehmer diese Haftung auferlegt würde. Dies wäre sozial insofern, als der Unternehmer in den weitaus meisten Fällen besser gestellt ist als der durch die Immissionen Betroffene: Er ist daher leichter imstande, den Schaden zu tragen als der andere, und ein solcher Schutz des Betroffenen entspräche ganz der sozialen Tendenz unserer Zeit, die ja auch in vielen anderen Beziehungen den wirtschaftlich Schwachen durch Inanspruchnahme der Stärkeren unterstützt; außerdem erscheint dies vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus besser, da es nicht richtig ist, viele kleine Existenzen zugunsten einiger weniger großer zu benachteiligen und zu schädigen. Den ethischen Anforderungen würde eine solche Regelung auch in hohem Maße entsprechen, denn es erscheint nur als durchaus gerechtfertigt, daß der Unternehmer, der durch die Konzession gewissermaßen die Erlaubnis bekommt, anderer Leute Leben, Gesundheit und Eigentum zu gefährden und eventuell zu schädigen, als Korrelat dessen nun wenigstens auch allen Schaden tragen muß, und dies um so mehr, als er, was dann auch bei den nichtgenehmigungspflichtigen Anlagen in Betracht kommt, seinen Gewinn aus dem Unternehmen zieht.

Weitere Vorschläge zur Regelung dieser Materie hat Jurisch gemacht. Bei den ganzen immissionenrechtlichen Fragen handelt es sich insofern nicht um ein wissenschaftliches Problem, als man die Entscheidung aller Streitpunkte nicht aus dem Begriff und Wesen der Materie ableiten und mit Gewißheit entnehmen kann; das ganze Immissionenrecht ist vielmehr zum größten Teil eine Frage der praktischen Beurteilung. Vor allem ist die Frage nach dem zulässigen Maß der Immissionen eine rein nach praktischen Gesichtspunkten zu entscheidende. Jurisch gibt erst einen Überblick über die vorhandenen Rechtsanschauungen und entwickelt dann seine Vorschläge für eine bessere Regelung der luftrechtlichen Verhältnisse. Da er Chemiker und nicht Jurist ist, liegt der Hauptwert seiner Abhandlung auf dem technischen Gebiet; seine rechtlichen Ausführungen erscheinen stellenweise nicht zutreffend.[247]) Vor allem macht sich eine Verwechslung des Allgemeinen mit dem Besonderen geltend. So schlägt er

---

[245]) vgl. die Schriften von Unger, Merkel, Steinbach und Mataja.
[246]) S. 74.
[247]) Man vgl. nur die Definition des Eigentums und die Folgerungen daraus auf Seite 19 f. sowie die Ansicht vom teilbaren Eigentum auf S. 41.

— Seite 62 — vor, eine gesetzliche Vorschrift folgendermaßen neu zu schaffen:

„Sobald mechanische, physikalische oder technische Arbeit auf eine bestimmte Luftmenge oder eine bestimmte Menge anderer Körper in gasförmigem Zustande verwandt worden ist, ist dadurch ein Wertgegenstand geschaffen worden, der den gewöhnlichen Rechtsschutz genießt."

Matthiaß[248]) bemerkt hierzu:

„Einen Weg, dem Recht an der körperlichen Sache das Recht an den Kräften oder der Arbeit, deren Träger die Sache ist, zu substituieren, wäre wenig empfehlenswert, wenn die Auffassung, daß Kräfteentfaltung mit Stoffverbrauch notwendig Hand in Hand geht, zutrifft. Aber auch davon abgesehen, ist es jedenfalls überflüssig, die bisherige Auffassung zu verlassen, da wir die stets an den Stoff der Sache gebundenen Kräfte ausreichend zu schützen vermögen, wenn wir den an dem Stoff Berechtigten schützen, der von dem an den Kräften Berechtigten nicht verschieden sein kann."

Jurisch übersieht hierbei, daß durch das Verwenden von Kräften auf derartige Körper sowohl nach früherem als auch nach geltendem Recht Eigentum entsteht, vorausgesetzt, daß man die dadurch neu hergestellte Sache in Besitz nehmen kann, daß also z. B. durch Verarbeitung der atmosphärischen Luft zu flüssiger Luft Eigentum an der letzteren entsteht, was er übrigens — Seite 7 — auch selbst anerkannt hat. Die Verwechslung des Allgemeinen mit dem Besonderen liegt bei ihm darin, daß es im allgemeinen wohl richtig ist, daß ein neuer Wertgegenstand entstanden ist, der den gewöhnlichen Rechtsschutz genießt, daß aber im konkreten Falle sehr oft mit diesem allgemeinen Begriff nichts anzufangen ist, wenn der Geschädigte bei einer Schadensersatzklage die Höhe des erlittenen Schadens bestimmt angeben soll. Über diese Frage, die Jurisch ganz übergangen hat, äußert sich Matthiaß zutreffend dahin:

„Zu fordern ist nur, daß wir den an der körperlichen Sache Berechtigten auch gegen jeden unberechtigten Eingriff in sein Interesse schützen. Hier würde, wie es Becker ausgesprochen hat, ein Anspruch auf Buße gerade in den Fällen der sogen. bloßen Kraftanmaßung und auch in den Fällen der in ihrem Umfange nicht feststellbaren Stoffentziehung unsern pedantischen und auch unrömischen Schadensersatzanspruch sehr zweckmäßig ergänzen."

Wenn Jurisch ferner — S. 46 — erwähnt, daß die Arbeit in juristischen Anschauungen bisher keinen Platz gefunden hat, so widerspricht er sich selbst, da er vorher gesagt hat, daß der Jurist zugebe, daß man an Luftmengen, die man der menschlichen Willkür unterwerfen könne, Eigentumsrechte erwerbe.

Wie bei der Behandlung der Arbeit erwähnt Jurisch auch bei den Grundsätzen des Luftrechts vieles, was in der Rechtswissenschaft längst

[248]) Luftrechtliche Fragen S. 433.

anerkannt und gehandhabt wird. So ist es stets anerkannt worden, daß niemand einen anderen hindern darf, Luft in Besitz zu nehmen — S. 51 —, und daß die fahrlässige oder böswillige Verunreinigung der Luft unzulässig ist — S. 55 —. Juristisch nicht richtig erscheint, wie Matthiaß [249]) angibt, die Erstreckung des Eigentums auf die Luftsäule über der Oberfläche des Grundstückes — Jurisch Seite 9 —, indem § 905 BGB. nur die Erstreckung des Eigentums auf den Luftraum zuläßt.

Dagegen stellen sich folgende Anregungen, die Jurisch gibt, als sehr wertvoll und praktisch dar. Wir haben vorher gesehen, daß die sogen. negativen Immissionen nach geltendem Recht nicht als unzulässig erscheinen, und daß dies wenig angenehme Konsequenzen hat. Diese sollen, und das ist nach dem früher Gesagten auch sehr wünschenswert, ebenso wie die gewöhnlichen Immissionen verboten werden.

Weiter schlägt Jurisch — S. 56 — vor, einen Betrieb, der nicht die besten bekannten und praktisch erprobten Methoden, Apparate und Mittel benutzt, wenn dadurch eine Schädigung der Nachbarn entsteht, für fahrlässig zu erklären und den Eigentümer demgemäß zur Entschädigung alles angerichteten Unheils zu verpflichten. Eine solche Vorschrift besteht, wie er angibt, bereits in England seit dem Jahre 1874 für verschiedene Industriezweige. Es ist ja nicht zu verkennen, daß eine derartige Regelung einen starken Eingriff in die Freiheit der Unternehmer und Fabrikanten bedeutet, und daß oft die Entscheidung, was sich als die für die Allgemeinheit beste Betriebsart darstellt, schwer zu fällen sein wird. Unsere ganze sozialpolitische Entwicklung geht aber in dieser Richtung vor sich,[250]) und es könnte mit einer solchen gesetzlichen Bestimmung viel Gutes erreicht werden, und es würde vor allem verhütet werden, daß Unternehmer, bloß um ihre Anlage noch gewinnbringender zu gestalten, technische Apparate und Methoden anwenden, die im Interesse der Nachbarn nicht zu billigen sind, während durch Einführung oder Benutzung anderer Mittel diese schädigenden Erfolge zu umgehen wären. Auch die Hygiene, auf die jetzt überall großer Wert gelegt wird, würde dabei zu ihrem Rechte kommen. Freilich liegt wohl eine solche Regelung der industriellen Unternehmungen noch in weiter Ferne, und der Versuch, sie zu verwirklichen, würde auf heftigen Widerstand der Beteiligten, unter ihnen des Fiskus, stoßen, einerseits, weil hieraus unverhältnismäßige Kosten erwachsen würden, und andererseits, weil oft kaum festzustellen sein wird, welche Mittel die besten sind, und vor allem auch, weil die Verbesserung der Mittel mit der Entwickelung der Technik stets fortschreitet. Trotzdem bleibt das Ziel doch erstrebenswert und ist seine Verwirklichung im Interesse der Allgemeinheit sehr zu wünschen.

Die letzte sehr wertvolle Anregung gibt Jurisch durch den Vor-

---

[249]) a. a. O. S. 434.

[250]) Man denke an die Arbeiterschutzgesetze und die vielen den Unternehmern darin auferlegten Vorschriften und Lasten.

schlag eines organischen Luftgesetzes — S. 65 f. —. Wir haben gesehen, wie schwer die Entscheidung darüber ist, welche Immissionen unzulässig im Sinne des § 907 BGB. und welche nach § 906 erheblich und ortsüblich sind, und wie oft hierbei die Entscheidung dem freien Ermessen des Richters untersteht, welches naturgemäß nicht immer gleichmäßig ausfallen wird. Diesen Übelstand will Jurisch beseitigen. Er schlägt vor, durch ein Luftgesetz zahlenmäßig festzulegen, bis zu welchem Maße die Luft durch Immissionen verdorben werden darf, und so die Ergänzung zu den immissionenrechtlichen Vorschriften des geltenden Rechts zu schaffen. Er führt ferner den Nachweis, daß in England, dem einzigen Lande, wo solche Bestimmungen bisher bestehen, diese sich sehr gut bewährt haben. Jurisch sagt weiter zutreffend, daß dann die Gutachten der Sachverständigen, die jetzt ein sehr unsicheres und zweifelhaftes Hilfsmittel des Richters bei Immissionsprozessen sind, zu einfachen und absolut sicheren Zeugenaussagen gemacht werden würden, was eine erhebliche Verbesserung dem vorhandenen Zustande gegenüber bedeuten würde. In denjenigen Fällen aber, wo der Maximalbetrag der erlaubten Verunreinigung der Luft nicht zahlenmäßig festgestellt werden könnte, würde, wie er weiter sagt, jene vorhin erwähnte Vorschrift, daß stets nur die besten Apparate und Methoden im Betriebe angewendet werden dürften, besonders wichtig werden und das organische Luftgesetz vorzüglich ergänzen.

Ein solches Gesetz müßte natürlich sehr beweglich gehalten werden, damit es sich den fortwährenden Änderungen und Neueinrichtungen der industriellen Unternehmungen leicht und sicher anpassen könnte und nicht bei jeder Neuerung erst der ganze umständliche Gesetzgebungsapparat in Tätigkeit gesetzt werden müßte. Jurisch schließt seine Betrachtung mit folgenden zutreffenden Worten:

> „Diese Ziele sind verschiebbar, und sie müssen sich verschieben entsprechend den Fortschritten des Erwerbslebens und der Vervollkommnung der Methoden und Apparate, welche im Gewerbsleben benutzt werden. Deshalb haben wir das Luftgesetz als organisches bezeichnet, weil es leben und mit dem Leben sich entwickeln soll."

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.